



# LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ

REFLEXIONES SOBRE LAS FUNCIONES  
Y ATRIBUCIONES DEL OEFA



ORGANISMO DE EVALUACIÓN  
Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL



## **La fiscalización ambiental en el Perú**

Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA





# LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ

REFLEXIONES SOBRE LAS FUNCIONES  
Y ATRIBUCIONES DEL OEFA

## **La fiscalización ambiental en el Perú**

Reflexiones sobre las funciones y atribuciones del OEFA

### **Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA**

Primera edición: abril 2014

Tiraje: 600 ejemplares

### **© Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA**

Dirección: Av. República de Panamá 3542, Lima 27, Perú

Teléfono: (51-1) (01) 713-1553

webmaster@oefa.gob.pe

www.oefa.gob.pe

### **Consejo directivo**

Hugo Ramiro Gómez Apac

Genaro Lino Matute Mejía

César Paul Ortiz Jahn

Roxana María Barrantes Cáceres

### **Director**

Hugo Ramiro Gómez Apac

### **Edición de contenido**

Humberto Zúñiga Schroder

Patricia Quijano Vallejos

Erick García Cerrón

### **Edición y corrección de estilo**

Giancarlo Peña Paredes

Roxana Villalba Garcés

### **Identidad visual y diagramación**

Neil Ángel Inga Ayala

Los artículos contenidos en el presente libro son de carácter pedagógico, y no expresan necesariamente la posición oficial de la autoridad administrativa con competencia en fiscalización ambiental.

La versión digital de este documento se encuentra disponible en [www.oefa.gob.pe](http://www.oefa.gob.pe)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-06247

ISBN: 978-612-46660-2-5

Impreso por: Billy Víctor Odiaga Franco

Av. Arequipa 4558, Miraflores, Lima - Perú.

RUC: 10082705355

Impreso en Perú

# ÍNDICE

---

<b>Prólogo</b>	11
1. Análisis de las facultades del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) para tipificar conductas y aprobar escalas de multas mediante resoluciones de su consejo directivo <b>Milagros Maraví Sumar</b>	17
2. Clasificación y criterios para la calificación de sanciones. Análisis del Artículo 19º de la Ley N° 29325 <b>Dante Mendoza Antonioli</b>	49
3. Tipificación de infracciones administrativas en materia ambiental <b>Hugo R. Gómez Apac</b> <b>Milagros Granados Mandujano</b>	73
4. Infracciones administrativas y potestad sancionadora en materia ambiental <b>Christian Guzmán Napurí</b>	113
5. Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011 <b>Richard Martín Tirado</b>	137

6. Reflexiones sobre la facultad sancionadora de la Administración Pública. *Apuntes sobre el inicio del procedimiento de ejecución coactiva y la prescripción declarada de oficio*  
**Jessica Valdivia Amayo** 201
7. La potestad sancionadora y el cobro de multas del OEFA a la luz de los principios constitucionales  
**César Ipenza Peralta**  
**Roy Cárdenas Velarde** 221
8. El ambiente y la potestad sancionadora en la jurisprudencia administrativa del Tribunal de Fiscalización Ambiental en el Perú  
**Verónica Rojas Montes** 245
9. Los nuevos criterios del Tribunal de Fiscalización Ambiental. *El desafío de lograr una justicia ambiental equilibrada*  
**Mario Huapaya Nava**  
**Ernesto Soto Chávez** 281
10. Criterios para evaluar el incumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental  
**Ernesto Soto Chávez** 303
11. La prevención en el derecho ambiental peruano  
**Pedro Gamio Aita** 327
12. Las medidas preventivas en el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental  
**Juan José Martínez Ortiz** 347



13.	Análisis de las funciones de supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como ente rector del SINEFA <b>Arturo Delgado Vizcarra</b>	365
14.	El régimen común de fiscalización ambiental <b>Martha Aldana Durán</b>	387
	<b>Reseña de autores</b>	419



# PRÓLOGO

---

## REFLEXIONES SOBRE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

Hugo Gómez Apac  
Presidente del Consejo Directivo  
Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

El presente libro está compuesto por una serie de artículos académicos elaborados por especialistas en Derecho administrativo y ambiental, y por funcionarios del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Cada uno de ellos explica los alcances de las disposiciones previstas en la Ley N° 30011<sup>1</sup> y en las resoluciones del Consejo Directivo y del Tribunal de Fiscalización Ambiental, orientadas a fortalecer la fiscalización ambiental.

Mediante la difusión de esta publicación, se busca dar a conocer a la ciudadanía el contenido de dichas disposiciones a fin de facilitar su aplicación, coadyuvando, de esta manera, a consolidar el nuevo enfoque de la fiscalización ambiental: una fiscalización ambiental efectiva que armonice el ejercicio de las actividades económicas y la protección del ambiente con el desarrollo sostenible.

La Ley N° 30011, norma que modifica la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, representa un gran cambio en la fiscalización ambiental del país, la cual ha quedado fortalecida gracias a este dispositivo. Parte de este cambio se refleja en la competencia que dicha ley ha otorgado al OEFA para tipificar infracciones administrativas ambientales y aprobar las escalas de sanciones correspondientes<sup>2</sup>. Esta nueva función, de gran importancia, qué duda cabe, debe ser ejercida con mucha responsabilidad. El OEFA,

---

1 Ley que modifica la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de abril del 2013.

2 Véase los Artículos 11º, 17º y 19º de la Ley N° 29325, modificados por la Ley N° 30011.

con el propósito de evidenciar que esta tarea normativa será ejercida de esa manera, estableció parámetros a los cuales se ceñirá al momento de desarrollar esta nueva función. Así, ha aprobado, de manera previa, unas Reglas Generales<sup>3</sup> que buscan que la tarea de tipificar infracciones y establecer la escala de sanciones se realice en estricto cumplimiento de los principios de legalidad, tipicidad, razonabilidad, proporcionalidad, gradualidad y no confiscatoriedad.

A la fecha, el OEFA ha emitido tres (3) tipificaciones<sup>4</sup> que observan los criterios establecidos en las Reglas Generales. Estas disposiciones normativas refuerzan las garantías constitucionales y legales reconocidas a favor de los administrados. En este sentido, precisan con detalle la conducta infractora y establecen criterios objetivos para lograr una mayor predictibilidad y gradualidad en el establecimiento de las sanciones. Asimismo, aseguran la vigencia del principio de no confiscatoriedad, lo que permite que las sanciones no resulten excesivas para los administrados.

Sobre el particular, en la presente obra, Milagros Maraví explica la facultad del OEFA para tipificar conductas infractoras y aprobar la escala de multas. Dicha autora sostiene que las tipificaciones aprobadas por esta entidad se enmarcan dentro de los parámetros establecidos en la Ley N° 30011, observando los principios de tipicidad y legalidad. Por su parte, Christian Guzmán desarrolla los alcances del principio de tipicidad en el establecimiento de las conductas infractoras; asimismo, analiza la aplicación de los principios de razonabilidad y predictibilidad en la determinación de la escala de sanciones.

---

3 Reglas Generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobadas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18 de setiembre del 2013.

4 Las referidas tipificaciones son las siguientes: (i) Resolución de Consejo Directivo N° 042-2013-OEFA/CD, publicada el 16 de octubre del 2013, que aprueba la tipificación relacionada con la eficacia de la fiscalización ambiental; (ii) Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, publicada el 13 de noviembre del 2013, que aprueba la tipificación relativa al incumplimiento de los límites máximos permisibles; y, (iii) Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, publicada el 20 de diciembre del 2013, que aprueba la tipificación vinculada con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas.

5 Mediante la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 30011, se modificó el Literal b) del Numeral 136.2 del Artículo 136° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, con lo cual se incrementó el tope máximo de las multas de 10 000 a 30 000 Unidades Impositivas Tributarias.

De igual manera, Dante Mendoza explica los criterios a tener en cuenta para la graduación de las sanciones administrativas. Manifiesta que el incremento del monto tope de las multas que puede imponer el OEFA<sup>5</sup> no representa un exceso de punición que pueda vulnerar el principio de proporcionalidad ni resulta confiscatorio. Adicionalmente, afirma que las normas reglamentarias aprobadas por dicha entidad contemplan mecanismos suficientes y garantistas del control de la discrecionalidad administrativa en la graduación de las sanciones.<sup>6</sup>

Por otro lado, Richard Martin aborda otra de las principales modificaciones realizadas a través de la Ley N° 30011. Nos referimos al régimen especial de ejecutoriedad de los actos administrativos emitidos por el OEFA<sup>7</sup>. Al respecto, este autor señala que dicho régimen permite que el cobro de las multas impuestas para proteger el ambiente no se dilate en el tiempo, de modo que sean auténticamente disuasivas. Afirma que la exigencia de la contracautela para suspender el procedimiento de ejecución coactiva tiene como propósito lograr un equilibrio entre el interés del demandante y el interés público tutelado por la Administración Pública.

César Ipenza y Roy Cárdenas, por otro lado, analizan la constitucionalidad de las disposiciones aprobadas por el Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM<sup>8</sup> para reglamentar el régimen especial de ejecutoriedad de los actos administrativos emitidos por el OEFA. Al respecto, sostienen que dichas disposiciones se condicen con el marco constitucional, pues no vulneran los principios de no confiscatoriedad, razonabilidad, proporcionalidad y debido procedimiento.

Por su parte, Jessica Valdivia analiza la posibilidad que tiene la Administración Pública de iniciar un procedimiento de ejecución coactiva antes del vencimiento del plazo de tres (03) meses que tienen los administrados para interponer una demanda contencioso administrativa. Asimismo, dicha autora reconoce que la Administración Pública puede declarar de oficio la prescripción de su facultad para determinar la existencia de infracciones administrativas.

---

6 Véase la Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de marzo del 2013.

7 Véase el Artículo 20-A de la Ley N° 29325, incorporado por la Ley N° 30011.

8 Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM - Decreto Supremo que aprueba disposiciones reglamentarias del Artículo 20-A de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicado el 22 de agosto del 2013.

En esta publicación se explican los alcances de las medidas administrativas que puede dictar el OEFA, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 30011<sup>9</sup>.

En este sentido, Pedro Gamio realiza un análisis comparado sobre el dictado de los mandatos de carácter particular, las medidas preventivas y cautelares, tomando en consideración los avances de la legislación ambiental de Chile, Colombia y Argentina. Por su parte, Juan José Martínez explica la naturaleza jurídica de las medidas preventivas y los requisitos que deben cumplirse para su dictado; y destaca la importancia de tales medidas como un mecanismo idóneo para proteger de manera oportuna el ambiente.

En cuanto al análisis de las funciones del OEFA conforme a los lineamientos establecidos en la Ley N° 30011, Arturo Delgado sostiene que dicha entidad, como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA)<sup>10</sup>, tiene la función de supervisar a las demás entidades de fiscalización ambiental con la finalidad de que estas realicen sus funciones de manera independiente, imparcial, ágil y eficiente. Asimismo, manifiesta que esta entidad tiene la función de fiscalizar a los administrados bajo el ámbito de su competencia para asegurar que estos cumplan con la legislación ambiental<sup>11</sup>.

Por otro lado, en el libro se realiza un análisis de los principales pronunciamientos emitidos por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA. Al respecto, Verónica Rojas expone los criterios de interpretación emitidos por dicho órgano sobre los alcances de las obligaciones ambientales fiscalizables, los compromisos ambientales y la graduación de las sanciones. Asimismo, esta autora presenta los lineamientos que ha emitido este tribunal sobre la configuración de las infracciones relacionadas con el exceso de los límites máximos permisibles.

Por su parte, Mario Huapaya y Ernesto Soto exponen los nuevos criterios emitidos por el Tribunal de Fiscalización Ambiental para alcanzar una justicia ambiental eficaz. Ambos autores desarrollan los criterios interpretativos relacionados con la aplicación del silencio administrativo en materia ambiental y la naturaleza instantánea de las infracciones administrativas. Sostienen que, a través de estos criterios, el tribunal ha logrado equilibrar adecuadamente la promoción de las actividades económicas y el resguardo del interés público con la protección del ambiente.

---

9 Véase los Artículos 16-A (mandato de carácter particular) y 22-A (medidas preventivas) de la Ley N° 29325, incorporados por la Ley N° 30011.

10 Véase Numeral 11.2 del Artículo 11° de la Ley N° 29325, modificado por la Ley N° 30011.

11 Véase Numeral 11.1 del Artículo 11° de la Ley N° 29325, modificado por la Ley N° 30011.

Asimismo, profundizando en el alcance de las decisiones del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, Ernesto Soto detalla los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar cuándo el incumplimiento de las obligaciones contenidas en un instrumento de gestión ambiental constituye una mejora manifiestamente evidente, que no debe ser sancionada. El autor afirma que la mejora ambiental debe ser analizada a la luz del criterio de razonabilidad, distinguiéndose las conductas que afectan el ambiente –que deben ser proscritas y sancionadas– de aquellas que lo protegen y que, como tal, deben ser incentivadas.

Por último, Martha Aldana explica el Régimen Común de Fiscalización Ambiental<sup>12</sup>. La autora describe los antecedentes normativos de dicho régimen, desarrolla sus principios y precisa los alcances de la función de fiscalización ambiental; y resalta el rol que ejerce el OEFA para articular las funciones de las distintas entidades que forman parte del SINEFA.

Para finalizar, quisiéramos destacar que esta publicación es un esfuerzo del OEFA por fomentar la investigación y el debate en torno a aquellos temas que tienen un rol primordial en la construcción de una fiscalización ambiental efectiva. Consideramos que tanto la investigación como el debate son elementos fundamentales en la articulación de esfuerzos que conlleven no solo a una mayor conciencia ambiental, sino a la consolidación de una actitud responsable frente al cuidado del ambiente.

---

12 Aprobado por Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de agosto del 2013.

---

# **ANÁLISIS DE LAS FACULTADES DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA) PARA TIPIFICAR CONDUCTAS Y APROBAR ESCALAS DE MULTAS MEDIANTE RESOLUCIONES DE SU CONSEJO DIRECTIVO**

**MILAGROS MARAVÍ SUMAR**

## **SUMARIO**

*El presente artículo analiza la facultad del OEFA para tipificar conductas infractoras en materia ambiental, y para aprobar las escalas de multas correspondientes, a través de resoluciones de su Consejo Directivo. En ese sentido, la autora desarrolla las modificaciones realizadas por la Ley N° 30011 respecto de las funciones del OEFA como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA.*

I. Introducción. II. Marco legal. III. Principales disposiciones de la Ley N° 30011. IV. Sobre la facultad del OEFA para tipificar infracciones. V. Sobre la tipificación de infracciones y aprobación de escala de multas a través de resoluciones de Consejo Directivo. VI. Tipificación de infracciones por parte del OEFA. VII. Reglamento de Organización y Funciones del OEFA. VIII. Conclusiones.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Mediante la Ley N° 30011, publicada el 26 de abril del 2013, se modificó la Ley N° 29325 del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA) y la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente<sup>1</sup>, con relación al otor-

---

1 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre del 2005.



gamiento de facultades al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) para tipificar conductas y aprobar escalas de multas mediante resolución de su Consejo Directivo.

Al respecto, el presente artículo tiene como finalidad, realizar un análisis detallado sobre los alcances de la Ley N° 30011 respecto a la facultad del OEFA para ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, así como la regulación de las posibles sanciones que el OEFA estaría facultado para aplicar.

En ese sentido, el presente artículo desarrollará, como primer punto, el marco legal dentro del cual se dispuso la creación del OEFA, así como la designación de sus funciones básicas.

Como segundo punto, se indicarán las principales modificaciones realizadas por la Ley N° 30011 referidas a la diferenciación de las funciones del OEFA en su calidad de ente rector del SINEFA de aquellas propias del ejercicio de la fiscalización ambiental.

Asimismo, se desarrollarán los principios de legalidad y tipicidad, desde un punto de vista doctrinario y jurisprudencial, con el fin de determinar si la potestad sancionadora del OEFA y sus posibles sanciones cumplen estrictamente con lo establecido en los principios mencionados.

Por último, se efectuará un análisis respecto a la aprobación de la tipificación y escala de multas mediante las resoluciones de Consejo Directivo del OEFA.

## II. MARCO LEGAL

Con fecha 14 de mayo del 2008, fue publicado el Decreto Legislativo N° 1013, mediante el cual se aprobó la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente. A través de su Segunda Disposición Complementaria, se creó el OEFA como un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental.

De esta manera, se regularon como funciones básicas del OEFA, entre otras, las siguientes:

- a) Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización

y control ambiental y el régimen de incentivos previstos en la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.

- b) Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda.

Ahora bien, mediante Ley N° 29325, publicada el 5 de marzo del 2009, se creó el SINEFA con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como de supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente.

En ese sentido, se dispuso que el OEFA sea el ente rector del SINEFA, mientras que las entidades de fiscalización ambiental nacional, regional o local fueron definidas como aquellas con facultades expresas para desarrollar funciones de fiscalización ambiental, ejerciendo sus competencias con independencia funcional del OEFA.

Por otro lado, el Artículo 8° de la Ley N° 29325 dispuso que el Consejo Directivo es el órgano máximo del OEFA, el cual está integrado por cinco (5) miembros designados mediante resolución suprema, cuya composición es la siguiente: dos (2) miembros designados a propuesta del MINAM, uno de los cuales lo presidirá y tiene voto dirimente y, tres (3) miembros designados dentro de los elegidos mediante concurso público.

Finalmente, cabe resaltar que de manera previa a la modificación de la Ley N° 29325, realizada mediante Ley N° 30011, el Artículo 11° de aquella establecía como una de las funciones generales del OEFA, la siguiente:

- e) Función normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, y otras de carácter general referidas a intereses, obligaciones o derechos de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que fiscaliza.

Igualmente, los artículos 17° y 19.2 establecían de manera previa a la modificación realizada mediante Ley N° 30011, lo siguiente:

Mediante decreto supremo, refrendado por el ministro del Ambiente y en vía reglamentaria, se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia.

El Ministerio del Ambiente, a propuesta del OEFA, aprobará la escala de sanciones donde se establecerá las sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las sanciones establecidas en el Artículo 136° de la Ley General del Ambiente.

Por último, a través del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, publicado el 15 de diciembre del 2009, se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del OEFA.

Así, el Artículo 6° del ROF dispuso que el OEFA tenga como funciones generales, entre otras, las siguientes:

- a) Normar, dirigir y administrar el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, orientando el proceso de su implementación, su eficaz y eficiente funcionamiento en los niveles de gobierno nacional, regional y local.
- (...)
- e) Formular y aprobar normas en materia de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Asimismo, el Artículo 8° del ROF estableció que el Consejo Directivo tiene entre sus funciones emitir resoluciones en el ámbito de su competencia.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, publicada el 13 de diciembre del 2012, se aprobó el nuevo Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, el cual dispuso en su Artículo 3° que los procedimientos administrativos sancionadores regulados en dicha norma se rigen, entre otros, por los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento, razonabilidad, internalización de costos, proporcionalidad, responsabilidad ambiental, presunción de licitud, causalidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, gradualidad, non bis in idem y prohibición de reforma en peor.

### III. PRINCIPALES DISPOSICIONES DE LA LEY N° 30011

La Ley N° 30011 dispuso una serie de modificaciones, como la diferenciación de las funciones generales del OEFA en su calidad de ente rector del SINEFA, de aquellas propias del ejercicio de fiscalización ambiental.

#### 3.1. Modificaciones respecto de las funciones generales del OEFA

La Ley N° 30011 delimita las funciones del OEFA, en su calidad de ente rector del SINEFA, de acuerdo con lo siguiente:

- a) Función normativa: dictar en el ámbito y en materia de su respectiva competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, y otras de carácter general referidas a intereses, obligaciones o derechos de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que fiscaliza.
- b) Función supervisora de entidades de fiscalización ambiental, nacional, regional o local: acciones de seguimiento y verificación del desempeño de las entidades de fiscalización ambiental nacional, regional o local.

Respecto al ejercicio de sus funciones de fiscalización ambiental, establece lo siguiente:

- a) Función evaluadora: acciones de vigilancia, monitoreo y otras similares para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.
- b) Función supervisora directa: acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las normas, obligaciones e incentivos establecidos en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas.
- c) Función fiscalizadora y sancionadora: investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

### 3.2. Modificaciones de los artículos 17º y 19º de la Ley del SINEFA

El Artículo 17º de la Ley del SINEFA es modificado, disponiendo que constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencia del OEFA las siguientes conductas:

- a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental
- b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente
- c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión
- d) El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA
- e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia

Se desprende, de lo mencionado, que el OEFA podrá tipificar las infracciones, así como aprobar la escala de sanciones aplicable, mediante resolución de su Consejo Directivo. La tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las entidades de fiscalización ambiental (EFA).

La Ley N° 30011 también modificó el Artículo 19º, señalando que para la determinación de las infracciones, se considera que estas deberían fundamentarse en la afectación a la salud, el ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, así como en la extensión de sus efectos, sin perjuicio de otros criterios que pudieran ser definidos posteriormente.

El Consejo Directivo del OEFA aprueba la escala de sanciones donde se establecen las sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las establecidas en el Artículo 136º de la Ley General del Ambiente.

Finalmente, la Ley N° 30011, modificó el Literal b) del Numeral 136.2 del Artículo 136º de la Ley General del Ambiente, elevando el monto máximo de multa por infracciones a la normativa ambiental a 30 000 UIT.

#### IV. SOBRE LA FACULTAD DEL OEFA PARA TIPIFICAR INFRACCIONES

Tal y como ha sido señalado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 274-99-AA/TC, la prohibición constitucional de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como infracción punible, recogida en el Literal d), Inciso 24) del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, no constituye una garantía procesal aplicable únicamente en el ámbito de los procesos penales, sino que por extensión constituye también garantía que debe observarse en el ámbito de todo procedimiento de orden administrativo, en especial en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Ahora bien, el principio de legalidad descrito de manera amplia en la sentencia citada, es desagregado en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), diferenciando entre la facultad de establecer los tipos de sanciones que se pueden aplicar a los administrados, y la tipificación de las conductas sancionables o los ilícitos administrativos<sup>2</sup>.

En efecto, el Artículo 230° de la LPAG dispone que la potestad sancionadora de todas las entidades públicas está regida, entre otros, por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.  
(...)
4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

2 PEREIRA, Roberto. "La potestad sancionadora de la Administración y el procedimiento administrativo sancionador en la Ley 27444". *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima, Ara Editores, 2001, p. 294.

#### 4.1. El principio de legalidad

Como se puede observar, el principio de legalidad definido en el Artículo 230.1 de la LPAG, establece dos reservas legales: i) la primera, para la atribución de la potestad sancionadora a una entidad pública, y ii) la segunda, para la regulación de las posibles sanciones que una entidad está facultada para aplicar.

Al respecto, Morón<sup>3</sup> señala que “[q]ueda absolutamente vedado que una norma sublegal, de tipo reglamentaria, pretenda, a título de atribución directa, de interpretación de una norma legal o de complemento indispensable, asignar a una persona jurídica de derecho público la competencia sancionadora o señalar qué sanciones pueda aplicar sobre los administrados en sede administrativa”.

En ese sentido, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 es expresa al señalar que el OEFA está facultado para ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda.

Asimismo, el Artículo 136° de la Ley General del Ambiente dispone que las sanciones que el OEFA es competente para aplicar son, entre otras, amonestaciones y multas de hasta 30 000 UIT.

De acuerdo a las normas con rango de ley citadas, se puede observar que la potestad sancionadora del OEFA, así como la regulación de las posibles sanciones que dicha entidad está facultada para aplicar, cumplen estrictamente con el principio de legalidad establecido en el Artículo 230.1 de la LPAG.

#### 4.2. El principio de tipicidad

Ahora bien, el principio de tipicidad contenido en el Artículo 230.4 de la LPAG, dispone que las entidades administrativas únicamente podrán aplicar las sanciones reguladas con norma de rango de ley a la comisión de conductas que hayan sido previamente tipificadas como infracciones al ordenamiento jurídico. Dicha tipificación debe darse mediante norma con rango de ley, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

---

3 MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 687.

Al respecto, en la sentencia recaída sobre el Expediente N° 05262-2006-PA, el Tribunal Constitucional señala que se “ha realizado una importante precisión en torno a lo que debe de entenderse por principio de legalidad y tipicidad: el primero se satisface cuando se cumple la previsión de las infracciones y sanciones en la ley; el segundo, en cambio, constituye la definición de la conducta que la ley considera como falta. Esta precisión de lo que se considera como antijurídico, desde el punto de vista administrativo, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como sucede en el presente caso”.

En ese mismo sentido, Morón<sup>4</sup> señala correctamente que “la propia ley puede convocar la concurrencia o el apoyo de la Administración para concluir la labor de tipificación (...). Se trata de una suerte de delegación de tareas que el legislador hace en la Administración por considerar que se abordan aspectos técnicos o muy dinámicos que no justifican mantenerlos dentro de la reserva legal, pero siempre determinando lo esencial de la conducta antijurídica”.

### **4.3. Delegación reglamentaria**

Consideramos que la delegación reglamentaria en la tipificación de infracciones debe cumplir necesariamente con dos requisitos: i) que sea establecida de manera expresa por una norma con rango de ley, y ii) que el reglamento no desnaturalice la finalidad y la razón de ser de la ley que pretenden regular, en estricta observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que también forman parte del derecho al debido proceso<sup>5</sup>.

En el caso específico del OEFA vemos que la modificación introducida mediante Ley N° 30011 cumple con el requisito de la delegación reglamentaria a través de una norma con rango de ley, al establecer expresamente que dicha entidad podrá tipificar las infracciones, así como aprobar la escala de sanciones aplicable, mediante resolución de su Consejo Directivo. Dicha tipificación debe emitirse en concordancia con el contenido esencial de aquello que se considera indebido en la citada ley.

Asimismo, la Ley N° 30011 regula las infracciones administrativas que, de manera general y esencial, regirán las tipificaciones a realizarse posteriormente, disponiendo que constituyen conductas sancionables las siguientes:

---

4 Ídem, p. 706.

5 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 05262-2006-PA.



- a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental
- b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente
- c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión
- d) El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA
- e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia

Como se puede observar, la Ley N° 30011 regula de manera general las infracciones administrativas con el objeto de resguardar la finalidad y la razón de ser de la misma ley; así, se cumple con el segundo de los requisitos del principio de tipicidad.

Al respecto, Pedreschi<sup>6</sup> indica que “[l]a intervención reglamentaria sólo puede limitarse a constituir un complemento necesario e indispensable de lo establecido por la norma con rango de ley, cuya competencia sólo puede entenderse extendida al desarrollo de las disposiciones previstas en ésta, sin excepción alguna”.

Si bien la LPAG no requiere que la tipificación de nuevas conductas sancionables por vía reglamentaria tenga una correlación directa con ciertos parámetros establecidos en la ley, es cierto que una remisión hecha por ley sin que se mencionen siquiera los aspectos fundamentales de lo que se considera una conducta sancionable, puede resultar cuestionable al no otorgarle garantías y previsibilidad suficiente a los administrados en contra de posibles situaciones de abuso de poder por parte de las entidades estatales.

Como bien señala Nieto<sup>7</sup>, “la llamada legal a la colaboración reglamentaria en materia de Derecho Administrativo Sancionador exige el cumplimiento de dos

---

6 Citado en: OCAMPO, Fernando. “El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos reguladores”. Lima: *Ius et Veritas* N° 42, julio del 2011, p. 296.

7 NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2008, p. 286.

requisitos derivados de la reserva legal: la habilitación previa que abre paso a la intervención reglamentaria en general y, además, la remisión, que incluye el establecimiento de unas condiciones o directrices esenciales que sirvan de pauta al reglamento posterior remitido”.

En el caso de las infracciones administrativas generales establecidas en la Ley N° 30011, es pertinente aclarar que la tipificación a ser realizada por el OEFA debe emitirse en concordancia con el contenido esencial de aquello que se considera indebido en la citada ley. Con ello, el OEFA no deberá tipificar conductas sancionables más allá de las causales generales establecidas por la Ley N° 30011.

La función de tipificación del OEFA debe ser entendida como la facultad de desglosar y regular el contenido específico de las mencionadas infracciones, delimitando y concretizando las conductas sancionadas dentro del marco legal establecido.

#### **4.4. Criterios para la clasificación de sanciones**

El Inciso a) del Artículo 11.2 y el Artículo 19.2 de la Ley del SINEFA, modificada mediante Ley N° 30011, regulan la facultad del OEFA para aprobar la escala de sanciones aplicables, así como los criterios de graduación de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas, tomando como base lo establecido en el Artículo 136° de la Ley General del Ambiente.

Al respecto, debemos resaltar que el Artículo 230.4 de la LPAG permite expresamente que las disposiciones reglamentarias de desarrollo puedan especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones. En ese sentido, la aprobación de la escala de multas, que finalmente es la graduación de las infracciones tipificadas, cuenta con respaldo legal y es acorde al principio de tipicidad establecido en la LPAG.

Siendo así, la aprobación de la escala de sanciones aplicables por parte del OEFA deberá ser conforme a lo establecido en el Artículo 19.1 de la Ley del SINEFA, el cual señala que las infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves, y su determinación debe fundamentarse en la afectación a la salud y al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos y en otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente.

A manera de ejemplo, el OEFA actualmente cuenta con normas que regulan el cálculo de multas, las medidas correctivas aplicadas y los criterios específicos

de graduación de sanciones dentro del ámbito de su competencia. Estos son los casos de la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD que aprobó la “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM”; la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD que aprobó los “Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el Literal d) del Numeral 22.2 de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental”; y el ya citado Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.

Entonces, tal como lo afirman Granados y Villa:<sup>8</sup> “(...) la Ley N° 30011 ha sido muy precisa al establecer la naturaleza y los límites de la sanción, así como los criterios para su graduación. Por ende, la delegación reglamentaria resulta plenamente constitucional”.

Finalmente, podemos concluir que la regulación general y esencial de las infracciones administrativas en materia ambiental, realizada mediante Ley N° 30011 y la posterior delegación de facultades que permite que una norma de carácter reglamentario complete la descripción de aquello que se considera ilícito y apruebe la escala de multas aplicable, cumple con el principio de tipicidad recogido en el Artículo 230.4 de la LPAG.

## **V. SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y APROBACIÓN DE ESCALA DE MULTAS A TRAVÉS DE RESOLUCIONES DE CONSEJO DIRECTIVO**

De acuerdo al Artículo 43° de la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), publicada el 20 de diciembre del 2007, los sistemas son los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los poderes del Estado.

Complementariamente, los artículos 44° y 45° de la LOPE disponen que los sistemas están a cargo de un ente rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de

---

8 GRANADOS, Milagros y Francisco VILLA. “Constitucionalidad de las disposiciones orientadas a fortalecer la fiscalización ambiental contenidas en la Ley N° 30011”. En GÓMEZ, Hugo (compilador). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Primera edición. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 2013, p. 47.

su correcto funcionamiento en el marco de la presente ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.

Asimismo, se señala que el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los Sistemas Funcionales; y que serán las mismas normas del sistema las que establecen las atribuciones de su ente rector.

Ahora bien, la Ley N° 29325 creó el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas; y nombra al OEFA como su ente rector.

Es justamente dicha norma<sup>9</sup> la que establece que el OEFA ejerce la potestad sancionadora respecto de las obligaciones ambientales, y que, mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA, se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables.

Así pues, estando claro que el OEFA, en su calidad de ente rector del SINEFA y por delegación legal expresa, está facultado para tipificar las infracciones administrativas en materia ambiental, cabe hacer un breve análisis del instrumento normativo utilizado para ejecutar dicha reglamentación (resolución de Consejo Directivo).

Al respecto, normalmente se considera que las normas con rango de ley deben ser reglamentadas mediante decretos supremos, siendo estos definidos por el Artículo 11° de la LOPE como las “normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el presidente de la República y refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan”.

No obstante lo anterior, los decretos supremos no son los únicos tipos normativos con capacidad de regular disposiciones legales o normas de igual rango. Por ejemplo, el Artículo 61° de la LPAG dispone que “[l]a competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan”.

En efecto, cada entidad tiene la facultad de reglamentar las competencias que les han sido otorgadas por ley a través de las normas que ellas mismas estén

---

<sup>9</sup> Modificada mediante Ley N° 30011.

en capacidad de emitir, lo cual resulta acorde a lo establecido en el Artículo 5º del Título Preliminar de la LPAG, en el cual se señala que constituyen fuentes del procedimiento administrativo, entre otros, los decretos supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.

García de Enterría define reglamento como toda norma estricta dictada por la Administración. En cuanto a los llamados organismos públicos, el mismo autor señala que

*(...) hay que distinguir lo que el artículo 62 de LOFAGE llama "estatutos" de los mismos, que es un decreto del Gobierno que los organiza, una vez creados por ley, y que no tienen, por tanto, el carácter estatutario propio en el sentido específico que aquí estamos considerando, y una posible potestad reglamentaria propia que la ley o (según el art. 42.1 LOFAGE), que sus propios estatutos les atribuyan, respecto de los cuales entendemos que por regla general habrán de limitarse a su propia organización derivada.<sup>10</sup>*

Siendo así, es evidente que el órgano encargado de dictar reglamentos es el ejecutivo en sus diversas instancias.<sup>11</sup> "En virtud de ello, los decretos y resoluciones de los diversos niveles que contengan este tipo de mandatos deben ser considerados parte de la legislación dentro del sistema jurídico peruano, porque responden a la función normativa del órgano ejecutivo del Estado".<sup>12</sup>

En el caso del OEFA, la norma de mayor jerarquía que está en capacidad de formular son las resoluciones de Consejo Directivo, al ser este el órgano máximo de la institución.

Al respecto, el Artículo 8º de la Ley del SINEFA dispone que el Consejo Directivo es el órgano máximo del OEFA, mientras que el Artículo 8º de su ROF señala que el Consejo Directivo tiene entre sus funciones emitir resoluciones en el ámbito de su competencia.

Siendo así, la tipificación de las infracciones, así como la aprobación de la escala de sanciones aplicables, deben darse a través de una norma reglamentaria,

---

10 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Duodécima impresión. Lima-Bogotá: Palestra -Themis, 2011, p. 233.

11 RUBIO, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Décima edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2011, p. 140.

12 Ídem, p. 145.

que en este caso es una resolución de Consejo Directivo con carácter general y subordinación a la ley.

Un caso similar es el de los organismos reguladores, los cuales cuentan dentro de sus funciones normativas, con la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos, en conformidad con el Artículo 3.1 de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos<sup>13</sup>.

Así por ejemplo, la Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - Osinerg N° 028-2003-OS-CD aprobó la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones para dicha entidad. De igual modo, mediante la Resolución del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - Osiptel N° 002-99-CD-OSIPTTEL, se aprobó el Reglamento General de Infracciones y Sanciones, en el cual se tipificaron las conductas ilícitas en el marco de sus competencias.

Como se puede observar, existen casos similares en que organismos públicos tipifican conductas a través de resoluciones de Consejo Directivo o resoluciones de sus máximas autoridades administrativas, lo cual puede darse únicamente en caso exista una norma con rango de ley que establezca expresamente tal delegación.

Finalmente, cabe resaltar que la delegación reglamentaria se justifica en la misma razón que sustenta la habilitación para que una norma reglamentaria pueda participar en el proceso de tipificación, fundamentándose en argumentos fácticos, como la complejidad técnica en algunas materias, la necesidad de atender el dinamismo de la actividad, la variedad de casuística y su consiguiente inviabilidad de tipificar mediante ley<sup>14</sup>.

Siendo así, podemos concluir que el OEFA no solamente está facultado legalmente para tipificar conductas y aprobar la escala de multas aplicables, en cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad regulados en la LPAG, sino que también cumple la finalidad y razón de ser de la delegación reglamentaria, pues al ser el organismo técnico especializado encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental, y

---

13 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de junio del 2000.

14 MORÓN, Juan Carlos. Óp cit., p. 707.

ente rector del SINEFA, se constituye como la entidad del estado con mayor capacidad para tipificar las conductas sancionables en base a sus conocimientos y experiencia en la materia.

## **VI. TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES POR PARTE DEL OEFA**

A partir de julio del 2013, el Consejo Directivo del OEFA, haciendo ejercicio de la potestad normativa y sancionadora que la Ley N° 29325 le ha conferido en tutela del interés público, ha aprobado una serie de resoluciones con el fin de lograr una protección ambiental eficaz y oportuna.

- El 17 de julio del 2013, mediante Resolución N° 029-2013-OEFA/CD, se dispuso la publicación del proyecto de Resolución de Consejo Directivo del OEFA que aprobaría las Reglas Generales para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
- Asimismo, mediante Resolución N° 030-2013-OEFA/CD se dispuso la publicación del proyecto de Resolución de Consejo Directivo que aprobaría el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculados a la Eficacia de la Fiscalización Ambiental.
- Con fecha 23 de julio del 2013, mediante Resolución N° 031-2013-OEFA/CD, se dispuso la publicación del proyecto de resolución de Consejo Directivo que aprobaría la Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionados al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles.
- Mediante Resolución N° 034-2013-OEFA/CD se dispuso la publicación del proyecto de Resolución de Consejo Directivo que aprobaría la Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas al Incumplimiento de Obligaciones Ambientales Fiscalizables contenidas en Instrumentos de Gestión Ambiental.

Así, a partir de julio del 2013, se publicó una serie de proyectos normativos, con el fin de recabar observaciones, comentarios y recomendaciones de las personas interesadas. Como producto de ese proceso, el OEFA aprobó las siguientes normas:



## 6.1. Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD

Como ya hemos señalado, de acuerdo a lo previsto en el Literal a) del Numeral 11.2 del Artículo 11° de la Ley del SINEFA, modificado por Ley N° 30011, la función normativa del OEFA comprende la facultad de dictar, en el ámbito y materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del SINEFA y otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo.

El mismo Artículo 11.2, el Artículo 17° y el Artículo 19° de la Ley del SINEFA reconocen la competencia del OEFA para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de graduación de estas.

Es así que, teniendo como base el Artículo 11.2 de la Ley N° 30011, el 17 de setiembre del 2013, mediante Resolución N° 038-2013-OEFA/CD se aprobaron las Reglas Generales sobre el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, con la finalidad de garantizar el respeto de los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y no confiscatoriedad y, al mismo tiempo, lograr una protección ambiental eficaz.

Entre las disposiciones más importantes de la Resolución N° 038-2013-OEFA/CD, cabe destacar las siguientes:

- Las reglas tienen carácter vinculante y constituyen criterios y lineamientos para guiar a las entidades de fiscalización ambiental de ámbito nacional, regional y local.
- El Consejo Directivo del OEFA es competente para tipificar infracciones administrativas y aprobar la respectiva escala de sanciones. Para tales efectos, establecerá los subtipos infractores, los cuales pueden ser:
  - a) Generales: aquellos relacionados a la obstaculización de las funciones de fiscalización ambiental.
  - b) Transversales: aquellos vinculados al incumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental o normas ambientales aplicables a diversas actividades económicas fiscalizadas.
  - c) Sectoriales: aquellos relacionados al incumplimiento de obligaciones ambientales comprendidas en la legislación ambiental sectorial aplicable según el tipo de actividad económica.

Cabe precisar que mediante la tipificación, no podrán crearse nuevas obligaciones ambientales para los administrados.



- Se tipificarán como supuestos de hecho de infracciones administrativas aquellas conductas de acción u omisión que signifiquen o expresen el incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables, incluyendo las vinculadas a la fiscalización ambiental.
- En aplicación del principio de presunción de licitud (presunción de inocencia), la autoridad competente del OEFA debe acreditar la existencia de la infracción administrativa; es decir, verificar el supuesto de hecho del tipo infractor. Sin embargo, el administrado imputado puede eximirse de responsabilidad si acredita la fractura del nexo causal sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.
- La escala de sanciones se establece en función de la gravedad de la infracción administrativa. Para tales efectos, se deberán tomar en consideración los siguientes factores:
  - a) El riesgo ambiental de los parámetros involucrados
  - b) El daño real a la vida o salud humana
  - c) El daño real a la flora o fauna
  - d) El porcentaje de superación de los límites máximos permisibles
  - e) El desarrollo de actividades en áreas o zonas prohibidas declaradas como tales por la autoridad competente
  - f) El no contar con los títulos habilitantes para el aprovechamiento de recursos naturales.
  - g) Otros criterios que apruebe el Consejo Directivo del OEFA

Se tipificará como multa tope para las infracciones más graves el monto de 30 000 UIT.

- El Consejo Directivo del OEFA aprobará la metodología para la graduación de las sanciones, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
- De conformidad con el principio de no confiscatoriedad, la multa a ser aplicada no será mayor al 10% del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que cometió la infracción. En caso el administrado esté realizando actividades en un plazo menor, se estimará el ingreso bruto anual multiplicando por 12 el promedio de ingreso bruto mensual registrado desde la fecha de inicio de tales actividades.

En caso el administrado no esté percibiendo ingresos, se efectuará la estimación de los ingresos que proyecta percibir.

- La regla antes descrita no será aplicada en aquellos casos en que el infractor:
  - a) Haya desarrollado sus actividades en áreas o zonas prohibidas.
  - b) No haya acreditado sus ingresos brutos, o no ha efectuado la estimación de los ingresos que proyecta percibir.
  - c) Sea reincidente.
  
- El monto de la multa impuesta será reducida en un 25% si el administrado sancionado la cancela dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación del acto que contiene la sanción. Dicha reducción resulta aplicable si el administrado no impugna el acto administrativo que impone la sanción.
  
- El OEFA podrá aplicar, además de la sanción, las siguientes medidas correctivas:
  - a) El decomiso de objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para el desarrollo de la actividad causante de la infracción
  - b) La paralización, cese o restricción de la actividad causante de la infracción
  - c) El retiro, tratamiento, almacenamiento o destrucción de materiales, sustancias o infraestructura
  - d) El cierre parcial o total del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad causante de la infracción
  - e) La obligación del responsable del daño de restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económicos, conforme a los lineamientos que el OEFA dicte para tal efecto
  - f) Cursos de capacitación ambiental obligatorios, cuyo costo será asumido por el infractor y cuya asistencia y aprobación será requisito indispensable
  - g) Adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño
  - h) Imposición de obligaciones compensatorias sustentadas en la política ambiental nacional, regional, local o sectorial, según sea el caso
  - i) Procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente
  - j) Otras que se consideren necesarias para revertir o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas
  - k) Otras que se consideren necesarias para evitar la continuación del efecto nocivo que la conducta infractora produzca o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas

## 6.2. Resolución de Consejo Directivo N° 042-2013-OEFA/CD

Teniendo como base los artículos 11º, 17º y 19º de la Ley del SINEFA que reconocen la competencia del OEFA para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de graduación de estas, el 15 de octubre del 2013, mediante Resolución N° 042-2013-OEFA/CD, se aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculados a la Eficacia de la Fiscalización Ambiental, aplicables para las actividades económicas que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA.

Se debe mencionar que las conductas infractoras tipificadas en esa norma se clasifican en leves, graves o muy graves y tienen carácter general, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del Artículo 17º de la Ley del SINEFA.

Entre sus disposiciones cabe destacar las siguientes:

1. Constituyen infracciones administrativas relacionadas con la entrega de información las siguientes:

Infracción administrativa	Naturaleza de la infracción	Sanción
Negarse injustificadamente a entregar información o la documentación que requiera el supervisor en el marco de una supervisión de campo, siempre que tenga la obligación de contar con dicha documentación en las instalaciones supervisadas	Leve	Amonestación o multa de hasta 50 UIT
No remitir al OEFA la información o la documentación requerida, o remitirla fuera del plazo, forma o modo establecido	Leve	Amonestación o multa de hasta 100 UIT
Remitir información o documentación falsa al OEFA	Grave	Multa de 5 UIT hasta 500 UIT
Existiendo una situación de daño ambiental potencial o real, incurrir en cualquiera de las conductas antes descritas	Muy grave	Multa de 10 UIT hasta 1 000 UIT

2. Constituyen infracciones administrativas relacionadas con la obstaculización de la función de supervisión directa:

Infracción administrativa	Naturaleza de la infracción	Sanción
Demorar injustificadamente el ingreso a las instalaciones o infraestructura objeto de supervisión directa	Leve	Amonestación o multa de hasta 50 UIT
No brindar las facilidades para el ingreso a las instalaciones o infraestructura objeto de supervisión, o para su desarrollo regular	Leve	Amonestación o multa de hasta 100 UIT
Negar el ingreso a las instalaciones o infraestructura objeto de supervisión directa	Grave	Multa de 2 UIT hasta 200 UIT
No brindar las facilidades para el transporte, alojamiento y alimentación del supervisor cuando realice una supervisión en campo en instalaciones ubicadas en lugares de difícil acceso.	Grave	Multa de 2 UIT hasta 200 UIT
Obstaculizar las labores de supervisión directa mediante la exigencia desproporcionada o injustificada de requisitos de seguridad y salud aprobados por el administrado	Leve	Amonestación o multa de hasta 50 UIT
Obstaculizar o impedir el ejercicio de las facultades del supervisor relativas a la obtención o reproducción de archivos físicos o digitales	Leve	Amonestación o multa de hasta 100 UIT
Obstaculizar o impedir las labores de los peritos y técnicos que acompañen al supervisor durante el desarrollo de la supervisión en campo	Leve	Amonestación o multa de hasta 100 UIT

Obstaculizar o impedir la instalación u operación de equipos para realizar monitoreo en los establecimientos de las empresas supervisadas o en las áreas geográficas vinculadas a la actividad supervisada, siempre que dichos equipos no dificulten las actividades o la presentación de los servicios de los administrados que son materia de supervisión	Leve	Amonestación o multa de hasta 100 UIT
Brindar declaraciones falsas durante la supervisión de campo	Grave	Multa de 5 UIT hasta 500 UIT
Existiendo una situación de daño ambiental potencial o real, incurrir en cualquiera de las conductas antes descritas	Muy grave	Multa de 10 UIT hasta 1 000 UIT

3. Constituyen infracciones administrativas vinculadas con la presentación del reporte de emergencias ambientales:

Infracción administrativa	Naturaleza de la infracción	Sanción
No remitir al OEFA los reportes de emergencias ambientales, o remitirlos fuera del plazo, forma o modo establecidos	Leve	Amonestación o multa de hasta 100 UIT
Remitir al OEFA información o documentación falsa sobre los reportes de emergencias ambientales	Grave	Multa de 5 UIT hasta 500 UIT
Existiendo una situación de daño ambiental potencial o real, incurrir en cualquiera de las conductas antes descritas	Muy grave	Multa de 10 UIT hasta 1 000 UIT

4. Para determinar el monto de las multas antes indicadas se aplicará la Metodología para el Cálculo de las Multas Base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes a utilizar en la Graduación de Sanciones, aprobada por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, o la norma que la sustituya.
5. La multa a ser aplicada no será mayor al 10% del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que cometió la infracción.

### **6.3. Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD**

El Literal a) del Artículo 17º de la Ley del SINEFA, modificada por la Ley N° 30011, establece que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental constituye infracción administrativa bajo el ámbito de competencia del OEFA.

Sobre esa base, el 12 de noviembre del 2013, mediante Resolución N° 045-2013-OEFA/CD, se aprobó la Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionados al Incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (LMP), previstos para las actividades económicas que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA.

Las conductas infractoras tipificadas en la referida norma pueden ser leves, graves o muy graves y tienen carácter transversal, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del Artículo 17º de la Ley del SINEFA.

La norma bajo comentario establece, entre otras disposiciones, las siguientes:

1. Constituye infracción administrativa leve el exceso hasta en 10% por encima de los límites máximos permisibles (LMP), respecto de los parámetros que no califican de mayor riesgo ambiental, lo que será sancionado con una multa de entre 3 y 300 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

2. Asimismo, constituyen infracciones administrativas graves:

Excedencia de los LMP	Parámetros	Sanción
Hasta en 10%	Calificados como de mayor riesgo ambiental	Entre 5 y 500 UIT
En más del 10% y hasta 25%	No calificados como de mayor riesgo ambiental	Entre 10 y 1 000 UIT
En más del 10% y hasta 25%	Calificados como de mayor riesgo ambiental	Entre 15 y 1 500 UIT
En más del 25% y hasta en 50%	No calificados como de mayor riesgo ambiental	Entre 20 y 2 000 UIT
En más del 25% y hasta en 50%	Calificados como de mayor riesgo ambiental	Entre 25 y 2 500 UIT
En más del 50% y hasta en 100%	No calificados como de mayor riesgo ambiental	Entre 30 y 3 000 UIT
En más del 50% y hasta en 100%	Calificados como de mayor riesgo ambiental	Entre 35 y 3 500 UIT
En más del 100% y hasta en 200%	No calificados como de mayor riesgo ambiental	Entre 40 y 4 000 UIT
En más del 100% y hasta en 200%	Calificados como de mayor riesgo ambiental	Entre 45 y 4 500 UIT
En más del 200%	No calificados como de mayor riesgo ambiental	Entre 50 y 5,000 UIT
En más del 200%	Calificados como de mayor riesgo ambiental	Entre 55 y 5 500 UIT

3. Se consideran como parámetros de mayor riesgo ambiental los siguientes:

- 3.1. Cadmio
- 3.2. Mercurio
- 3.3. Plomo
- 3.4. Arsénico
- 3.5. Cianuro
- 3.6. Dióxido de azufre
- 3.7. Monóxido de carbono
- 3.8. Hidrocarburos

4. Constituyen infracciones administrativas muy graves las siguientes:

- 4.1. Exceder los LMP generando daño real a la flora o la fauna, lo que será sancionado con una multa de entre 100 y 10 000 UIT.

- 4.2. Exceder los LMP generando daño real a la vida o salud humanas, lo que será sancionado con una multa de entre 150 y 15 000 UIT.
- 4.3. Exceder los LMP generando daño real a la flora o la fauna, y sin contar con título habilitante, lo que será sancionado con una multa de entre 200 y 20 000 UIT.
- 4.4. Exceder los LMP generando daño real a la vida o salud humanas, y sin contar con título habilitante, lo que será sancionado con una multa de entre 250 y 25 000 UIT.

Es preciso mencionar que se considera como título habilitante al acto administrativo que autoriza al administrado a descargar efluentes o emisiones hacia el ambiente, o que regula dichas descargas.

El número de parámetros que excedan los LMP y la cantidad de puntos de control en los que ocurra dicha excedencia no constituyen nuevos tipos infractores, sino factores agravantes para la graduación de la sanción.

#### **6.4. Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013/OEFA-CD**

El Literal b) del Artículo 17° de la Ley del SINEFA, modificada por la Ley N° 30011, establece que el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental (IGA) constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencia del OEFA.

Sobre esa base, el 18 de diciembre del 2013, mediante Resolución N° 049-2013/OEFA-CD, se aprobó la Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas al Incumplimiento de Obligaciones Ambientales Fiscalizables contenidas en Instrumentos de Gestión Ambiental.

En este caso, también se precisa que las conductas infractoras tipificadas en la presente norma pueden ser leves, graves o muy graves y tienen carácter transversal, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del Artículo 17° de la Ley del SINEFA.

La norma en cuestión básicamente establece lo siguiente:

1. Constituye infracción administrativa leve no comunicar a la autoridad competente el inicio de obras para la ejecución del proyecto contemplado en el instrumento de gestión ambiental (IGA), dentro de los 30 días hábiles posteriores al inicio de actividades. La sanción podrá ser una amonestación, o una multa de hasta 100 UIT.



2. Constituyen infracciones administrativas relacionadas con el incumplimiento de lo establecido en un instrumento de gestión ambiental:
  - a) Incumplir lo establecido en el IGA sin generar daño potencial o real a la flora, fauna, vida o salud humana. La infracción es grave y podrá ser sancionada con una multa desde 5 hasta 500 UIT.
  - b) Incumplir lo establecido en el IGA, generando daño potencial a la flora o fauna. La infracción es grave y podrá ser sancionada con una multa de 10 hasta 1 000 UIT.
  - c) Incumplir lo establecido en el IGA, generando daño potencial a la vida o salud humana. La infracción es grave y podrá ser sancionada con una multa de 50 hasta 5 000 UIT.
  - d) Incumplir lo establecido en el IGA generando daño real a la flora o fauna. La infracción es muy grave y podrá ser sancionada con una multa de 100 hasta 10 000 UIT.
  - e) Incumplir lo establecido en el IGA, generando daño real a la vida o salud humana. La infracción es muy grave y podrá ser sancionada con una multa de 150 hasta 15 000 UIT.
  
3. Constituyen infracciones administrativas relacionadas con el desarrollo de actividades sin contar con un instrumento de gestión ambiental:
  - a) Desarrollar proyectos o actividades sin contar con un IGA aprobado generando daño potencial a la flora o fauna. La infracción es muy grave y será sancionada con una multa de 175 UIT hasta 17,500 UIT.
  - b) Desarrollar proyectos o actividades sin contar con un IGA aprobado generando daño potencial a la vida o salud humana. La infracción es muy grave y será sancionada con una multa de 200 UIT hasta 20,000 UIT.
  - c) Desarrollar proyectos o actividades sin contar con un IGA aprobado generando daño real a la flora o fauna. La infracción es muy grave y será sancionada con una multa de 225 UIT hasta 22,500 UIT.
  - d) Desarrollar proyectos o actividades sin contar con un IGA aprobado generando daño real a la vida o salud humana. La infracción es muy grave y será sancionada con una multa de 250 UIT hasta 25,000 UIT.
  
4. Constituyen infracciones administrativas relacionadas al desarrollo de actividades en zonas prohibidas:
  - a) Desarrollar proyectos o actividades en zonas prohibidas, declaradas como tal por la autoridad competente, generando daño potencial a la flora o fauna. La referida infracción es muy grave y será sancionada con una multa de 225 UIT hasta 22 500 UIT.

- b) Desarrollar proyectos o actividades en zonas prohibidas, declaradas como tal por la autoridad competente, generando daño potencial a la vida o salud humana. La referida infracción es muy grave y será sancionada con una multa de 250 UIT hasta 25 000 UIT.
- c) Desarrollar proyectos o actividades en zonas prohibidas, declaradas como tal por la autoridad competente, generando daño real a la flora o fauna. La referida infracción es muy grave y será sancionada con una multa de 275 UIT hasta 27 500 UIT.
- d) Desarrollar proyectos o actividades en zonas prohibidas, declaradas como tal por la autoridad competente, generando daño real a la vida o salud humana. La referida infracción es muy grave y será sancionada con una multa de 300 UIT hasta 30 000 UIT.

Las anteriores resoluciones se enmarcan dentro de las facultades *para tipificar conductas y aprobar escalas de multas mediante resolución de su Consejo Directivo otorgadas por la Ley 30011*.

De esta manera, el OEFA como organismo rector del SINEFA y, como el organismo técnico especializado encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental, está cumpliendo con las funciones que se le delegaron legalmente.

## **VII. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA**

De acuerdo al Artículo 3º de la LOPE, todas las entidades del Poder Ejecutivo deben contar con documentos de gestión que cumplan con establecer su organización interna, así como las funciones que distinguen a sus unidades u órganos de trabajo.

Por ello, de forma complementaria a la modificación de la Ley del SINEFA, realizada mediante Ley N° 30011, consideramos pertinente actualizar el ROF del OEFA, aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM.

La actualización del ROF implicaría la inclusión de la facultad de tipificar las infracciones en materia ambiental y aprobar la escala de sanciones aplicable, dentro de las funciones generales del OEFA y dentro de las funciones de su Consejo Directivo, de acuerdo a lo señalado a continuación:

### Artículo 6º.- Funciones generales

El OEFA tiene las siguientes funciones generales:

- Tipificar las infracciones en materia ambiental, así como aprobar la escala de sanciones aplicable, mediante resolución de Consejo Directivo, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 29325 del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.

#### Artículo 8°.- Funciones del Consejo Directivo

El Consejo Directivo es el máximo órgano del OEFA. Está integrado por cinco (5) miembros, uno de los cuales lo presidirá.

Son funciones del Consejo Directivo:

- Aprobar la tipificación de infracciones en materia ambiental, así como aprobar la escala de sanciones aplicable, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 29325 del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

Con la aprobación de las modificaciones propuestas, la delegación de facultades realizada en el OEFA mediante Ley N° 30011, se vería reforzada y complementada en cumplimiento de los criterios establecidos en la LOPE. No obstante, el hecho de que estas modificaciones no sean introducidas en el ROF no afecta la facultad otorgada legalmente al OEFA, ya que el ROF es un documento de gestión que compila funciones otorgadas por otras normas.

### VIII. CONCLUSIONES

La Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 y el Artículo 136° de la Ley General del Ambiente establecen expresamente la facultad del OEFA para ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, así como la regulación de las posibles sanciones que dicha entidad está facultada para aplicar (amonestaciones, multas de hasta 30,000 UIT, etc.), cumpliéndose de manera estricta con el principio de legalidad contenido en el artículo 230.1 de la LPAG.

En relación al principio de tipicidad contenido en el Artículo 230.4 de la LPAG, consideramos que la delegación de tipificación de infracciones en normas reglamentarias debe cumplir necesariamente con dos requisitos: i) que sea establecida de manera expresa por una norma con rango de ley, y ii) que el reglamento no desnaturalice la finalidad y la razón de ser de la ley que pretenden regular.

Al respecto, vemos que la modificación introducida mediante Ley N° 30011 cumple con el requisito de la delegación reglamentaria a través de una norma

con rango de ley, al establecer expresamente que el OEFA podrá tipificar las infracciones, así como aprobar la escala de sanciones aplicable, mediante resolución de su Consejo Directivo.

Respecto al segundo requisito, la Ley N° 30011 no solo se limita a señalar que dicha tipificación debe emitirse en concordancia con el contenido esencial de aquello que se considera indebido en la misma; sino que regula las infracciones administrativas, que de manera general y esencial regirán a las tipificaciones a realizarse posteriormente. Con ello, se asegura que la tipificación de nuevas conductas sancionables por vía reglamentaria tenga una correlación directa con los parámetros establecidos en la ley.

El OEFA no podrá tipificar conductas sancionables más allá de las causales generales sancionadas como infracciones administrativas en la Ley N° 30011. La función de tipificación del OEFA debe ser entendida como la facultad de desglosar y regular el contenido específico de las mencionadas causales, delimitando y concretizando las conductas infractoras dentro del marco legal establecido.

El OEFA deberá aprobar la escala de sanciones aplicables de conformidad con lo establecido en el Artículo 19.1 de la Ley del SINEFA, el cual señala que las infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves, y su determinación debe fundamentarse en la afectación a la salud y al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos y en otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente.

Respecto al instrumento normativo (resolución de Consejo Directivo) utilizado para ejecutar la tipificación delegada al OEFA y la aprobación de la escala de sanciones aplicables, debemos indicar que cada entidad tiene la facultad de reglamentar las competencias que les han sido otorgadas por ley a través de las normas que ellas mismas estén en capacidad de emitir.

En el caso del OEFA, la norma de mayor jerarquía que está en capacidad de formular son las resoluciones de Consejo Directivo, al ser este el órgano máximo de la institución. Al respecto, el Artículo 8° de la Ley del SINEFA dispone que el Consejo Directivo es el órgano máximo del OEFA, mientras que el Artículo 8° de su ROF señala que el Consejo Directivo tiene entre sus funciones emitir resoluciones en el ámbito de su competencia. Con lo cual, resulta perfectamente constitucional y legal que el OEFA tipifique sus infracciones y apruebe la escala de multas aplicables a las mismas a través del instrumento normativo citado.

Adicionalmente, la delegación reglamentaria se fundamenta en argumentos fácticos como la complejidad técnica en algunas materias, la necesidad de atender el dinamismo de la actividad, la variedad de casuística, etc. El OEFA como el organismo técnico especializado encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental, y ente rector del SIN-EFA, es la entidad del Estado con mayor capacidad para tipificar las conductas sancionables en base a sus conocimientos y experiencia en la materia.

Entonces, el OEFA no solamente está facultado legalmente para tipificar conductas, en cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad regulados en la LPAG, sino que también cumple la finalidad y razón de ser de la delegación reglamentaria al ser el órgano especializado y competente en materia de fiscalización y sanción ambiental.

Sobre esa base, el OEFA ya ha dictado resoluciones de Consejo Directivo, que, en el marco de la Ley N° 30011, tipifican infracciones y establecen sanciones y una que establece reglas generales sobre el ejercicio de su potestad sancionadora.

Asimismo, de forma complementaria, consideramos pertinente actualizar el ROF del OEFA, disponiendo la inclusión de la facultad de tipificar las infracciones en materia ambiental y aprobar la escala de sanciones aplicable, dentro de las funciones generales del OEFA y dentro de las funciones de su Consejo Directivo. No obstante, el hecho de que esta actualización no sea introducida en el ROF no afecta la facultad otorgada legalmente al OEFA.

## BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

2011 *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Lima-Bogotá: Palestra-Themis.

GRANADOS, Milagros y Francisco VILLA

2013 "Constitucionalidad de las disposiciones orientadas a fortalecer la fiscalización ambiental contenidas en la Ley N° 30011". En GÓMEZ, Hugo (compilador). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pp. 37-61.

MORÓN, Juan Carlos

2009 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava edición. Lima: Gaceta Jurídica.

NIETO, Alejandro

2008 *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos.

OCAMPO, Fernando

2011 “El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los Organismos reguladores”. *Ius et Veritas*. Lima, julio del 2011, número 42.

PEREIRA, Roberto

2001 “La potestad sancionadora de la Administración y el procedimiento administrativo sancionador en la Ley 27444”. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Ara Editores.

RUBIO, Marcial

2011 *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Décima edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.

## CLASIFICACIÓN Y CRITERIOS PARA LA CALIFICACIÓN DE SANCIONES. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 19º DE LA LEY N° 29325

DANTE MENDOZA ANTONIOLI

### SUMARIO

*En este artículo, el autor analiza los criterios para la clasificación de sanciones; la escala de sanciones aplicable; y, finalmente, la compatibilidad de diversos dispositivos legales expedidos por el OEFA con los principios de legalidad, tipicidad y razonabilidad de la potestad sancionadora del Estado y el principio general de no confiscatoriedad de la actuación de la Administración Pública.*

I. Introducción. II. La calificación de las infracciones como leves, graves y muy graves. III. La escala de sanciones aplicable y el principio de no confiscatoriedad. IV. El principio de legalidad de la potestad sancionadora del Estado y el Artículo 19º de la ley. V. El principio de tipicidad y el Artículo 19º de la ley. VI. El principio de razonabilidad (proporcionalidad) de la potestad sancionadora y las escalas aprobadas por el OEFA. VII. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

De conformidad con lo previsto en los artículos 17º y 19º de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>1</sup>, el OEFA tiene facultades expresas tanto para tipificar como para aprobar una escala de sanciones por infracciones a la legislación ambiental. Así, el Artículo 17º de la Ley N° 29325, modificado por la Ley N° 30011<sup>2</sup>, establece que:

1 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo del 2009.

2 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de abril del 2013.

Artículo 17º.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora  
(...)

Mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. La tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las EFA.

Por su parte, el Artículo 19º de la misma norma establece lo siguiente:

Artículo 19º.- Clasificación y criterios para la clasificación de sanciones

- 19.1 Las infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves. Su determinación debe fundamentarse en la afectación a la salud y al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos y en otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normatividad vigente.
- 19.2 El Consejo Directivo del OEFA aprueba la escala de sanciones donde se establecen las sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las establecidas en el Artículo 136º de la Ley 28611, Ley General del Ambiente.

En uso de estas atribuciones legales, el OEFA ha expedido las siguientes resoluciones de Consejo Directivo: Resolución N° 042-2013-OEFA/CD (que tipifica las infracciones y establece la escala de sanciones relacionadas con la eficiencia de la fiscalización ambiental, aplicable a las actividades económicas de su competencia); Resolución N° 045-2013-OEFA/CD (que tipifica las infracciones y establece la escala de sanciones relacionadas con el incumplimiento de los límites máximos permisibles); y la Resolución N° 049-2013-OEFA/CD (que tipifica las infracciones y establece la escala de sanciones relacionadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas).

Este conjunto normativo de tipificación, establecimiento y clasificación de sanciones ha generado más de una preocupación en los sectores a los que van dirigidos, sobre todo por la compatibilidad de los citados dispositivos con los principios de legalidad, tipicidad y razonabilidad de la potestad sancionadora del Estado y el principio general de no confiscatoriedad de la actuación de la Administración Pública.

## II. LA CALIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES COMO LEVES, GRAVES Y MUY GRAVES

Las infracciones pueden ser calificadas según su gravedad en leves, graves y muy graves. La atribución de este calificativo deberá fundarse, ya sea en la



afectación a la salud de las personas o en la afectación al ambiente; y en ambos casos, deberá tenerse en consideración la potencialidad o certeza de daño.

En cumplimiento del mandato legal, las tres resoluciones expedidas por el OEFA han dividido las infracciones en estos tres grupos, y se han determinado 11 infracciones calificadas como leves, 19 infracciones calificadas como graves y 17 infracciones calificadas como muy graves.

En el caso de las infracciones leves vinculadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas, así como en el de aquellas vinculadas con la eficacia de la fiscalización ambiental y el incumplimiento de los límites máximos permisibles, se ha previsto que se pueda imponer tanto sanciones no monetarias como sanciones monetarias. La sanción no monetaria es la amonestación, en tanto que las monetarias van hasta las 300 unidades impositivas tributarias (UIT).

Las infracciones graves son sancionadas con multas que van desde las 5 hasta las 5 500 UIT, en tanto que las muy graves pueden ser sancionadas con multas que van desde las 10 hasta las 30 000 UIT. Cabe advertir que, en la tabla correspondiente a las infracciones vinculadas con la eficacia de la fiscalización ambiental, la sanción más alta prevista es de 1 000 UIT.

### **III. LA ESCALA DE SANCIONES APLICABLE Y EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD**

Las sanciones que se traducen en multas deben tomar en cuenta, al momento de su aplicación y para el caso concreto, el principio de no confiscatoriedad, ya que estas pueden entrar en colisión con otros derechos fundamentales o instituciones de carácter económico que también son protegidas por nuestra Constitución Política.

En cuanto al principio de no confiscatoriedad, hay que precisar que este ha sido prestado del derecho tributario y que, a efectos de garantizar la efectiva protección de los derechos ciudadanos, el OEFA lo ha extendido a todo el ámbito del ejercicio de su potestad sancionadora.

De acuerdo a las tendencias jurisprudenciales más avanzadas, por este principio se debe entender que en el ejercicio o defensa de ciertos derechos (como el del ambiente y la salud humana), *no puede imponerse una sanción que vacíe de contenido a otros derechos fundamentales* que están contenidos también en la Constitución Política del Perú.

Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que:

El principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas.

Este principio tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que ciertas instituciones que conforman nuestra Constitución económica (pluralismo económico, propiedad, empresa, ahorro, entre otras), no resulten suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejerce su potestad tributaria<sup>3</sup>.

Por ello, la no confiscatoriedad en materia administrativa se encuentra estrechamente ligada a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, que también han sido desarrollados en su contenido por el Tribunal Constitucional, y que abordaremos más adelante en este trabajo.

El OEFA, a través de su Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD, ha recogido este principio dentro de las reglas generales sobre el ejercicio de su potestad sancionadora. Así, el primer artículo de dicho dispositivo señala expresamente que su objetivo es “(...) garantizar la observancia de los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y *no confiscatoriedad* y, al mismo tiempo, lograr una protección ambiental eficaz y oportuna”. Bajo esta lógica, en el Numeral 10.1 del Artículo 10° de dicha norma, la propia entidad coloca un “candado” para proteger a los administrados de eventuales excesos sancionatorios que puedan trasgredir el principio de no confiscatoriedad. Así, se establece que:

[e]n aplicación del principio de *no confiscatoriedad*, la multa a ser aplicada no será mayor al diez por ciento (10%) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en que cometió la infracción.

#### **IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA Y LA PRESCRIPCIÓN DEL ARTÍCULO 19° DE LA LEY**

El Inciso d), Numeral 24 del Artículo 2° de la Constitución señala que “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse *no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*” (la cursiva es nuestra).

---

3 Expedientes N° 0004-2004-AI/TC, N° 0011-2004-AI/TC, N° 0012-2004-AI/TC, N° 0013-2004-AI/TC, N° 0014-2004-AI/TC, N° 0015-2004-AI/TC, N° 0016-2004-AI/TC Y N° 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS).

Esta disposición constitucional ha sido desarrollada en el derecho administrativo como uno de los principios de la potestad sancionadora del Estado contemplado expresamente en el Artículo 230º de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>4</sup> (LPAG), con el nombre de “principio de legalidad”.

La incorporación de este principio a nuestro derecho positivo importa, sin lugar a dudas, que la potestad sancionadora de las entidades estatales *no constituya una facultad implícita de la Administración*, sino que precise siempre de una atribución legal expresa. Sin ley que la faculte, no es posible que entidad alguna de la Administración pueda imponer sanciones a los administrados.

Como segundo y principal punto, el artículo en cuestión prescribe que solo por norma con rango de ley se pueden establecer las sanciones que serán impuestas al administrado, consagrándose con ello un principio de protección a las personas en contra de acciones arbitrarias de los agentes del Estado que pretendan imponer una sanción basados en su particular parecer u opinión respecto de las conductas que, según ellos, deberían ser sancionadas.

#### **4.1. El principio de legalidad y el papel del reglamento**

De acuerdo a lo dicho por Danós, “[e]l principio de legalidad o reserva de ley, supone la prohibición de la imposición de sanciones desprovistas de cobertura legal y la prohibición de que los reglamentos establezcan infracciones y sanciones *por iniciativa propia*, sin amparo de normas con rango de ley” (la cursiva es nuestra)<sup>5</sup>.

Legalidad en el derecho administrativo sancionador importa la imposibilidad de establecer sanciones que no tengan su origen primario en la ley o norma con rango de ley, al tiempo de prohibir que por la vía reglamentaria se establezcan infracciones y sanciones distintas de las que han sido previstas en la ley. Sin embargo, esta prescripción no es absoluta, puesto que al reglamento le cabe también desempeñar un rol, el cual, dentro de la atribución de potestades sancionatorias a las instituciones, ha sido precisado por Gallardo, en los siguientes términos:

“[e]l principio constitucional de legalidad supone reserva legal, pero en el que *la ley no quiere ser exclusiva ni excluyente respecto del reglamento sino simplemente*

---

4 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de abril del 2001.

5 DANÓS, Jorge. “Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública”. *Ius et Veritas*. 1995, N° 10, p. 153, Lima.

*que quede garantizada su hegemonía o su papel dominante respecto de aquel. Es el principio de legalidad en su versión de primacía de la ley. En definitiva, que en el reparto de papeles, a la ley le corresponde la función de protagonista y al reglamento el secundario, el de apoyo, el de subordinación y complementariedad”<sup>6</sup>.*

Vale decir que en el Perú los reglamentos pueden complementar las leyes desarrollando las sanciones que se hayan establecido previamente por ley o norma con rango de ley.

## 4.2. El Tribunal Constitucional y el principio de legalidad

El Tribunal Constitucional tiene múltiples sentencias en las que hace referencia al principio de legalidad en la potestad sancionadora del Estado. Resalta en particular la expedida con ocasión del caso referido al Expediente N° 2050-2002-AA-TC, en la que se expresó que:

El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N° 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Como se ha señalado, “Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aleja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como...” ley o norma con rango de ley. (STC de España 61/1990. La cursiva es nuestra).

Si bien en base al principio de legalidad quedan prohibidos los tipos “*indeterminados*”, el mismo Tribunal Constitucional entiende que la determinación precisa y absoluta de conceptos legales es imposible. Así lo ha señalado en la sentencia del Expediente N° 010-2002-AI/TC:

---

6 GALLARDO, María Jesús. *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Primera edición. Madrid: Iustel, 2008, p. 49.

46. (...) Esta exigencia de “lex certa” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equívocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que “en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje” (CURY URZUA: Enrique: La ley penal en blanco. Temis, Bogotá, 1988, p. 69. La cursiva es nuestra).

47. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: El Sistema Constitucional Español, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique: Manual de Derecho Penal, Parte General. Temis. Bogotá, 1989, p.35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el caso “Encuesta a boca de urna” (Exp. Nº 002-2001-AI/TC), citando el Caso Connally vs. General Cons. de la Corte Suprema norteamericana, “una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad” (fundamento jurídico Nº 6).

### **4.3. Las resoluciones de Consejo Directivo del OEFA Nos. 042-2013-OEFA/CD; 045-2013-OEFA/CD; y 049-2013-OEFA/CD, y su compatibilidad con el principio de legalidad**

Veamos ahora la compatibilidad con el principio de legalidad de lo previsto en las resoluciones de Consejo Directivo del OEFA Nos. 042-2013-OEFA/CD (por la que se tipifican las infracciones y se establece la escala de sanciones relacionadas con la eficiencia de la fiscalización ambiental, aplicable a las actividades económicas de competencia del OEFA); 045-2013-OEFA/CD (por la que se tipifican las infracciones y se establece la escala de sanciones relacionadas con el incumplimiento de los límites máximos permisibles); y 049-2013-OEFA/CD (por la que se tipifican infracciones y se establece la escala de sanciones relacionadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas).

El Numeral 1) del Artículo 230º de la LPAG recoge el principio de legalidad de la potestad sancionadora del Estado con el siguiente texto:

*“Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad” (la cursiva es nuestra).*

De aquí se desprende que, con relación al derecho administrativo sancionador, es básico para la Administración Pública que una ley o norma con rango de ley contemple por lo menos dos aspectos:

- a) Que autorice a una entidad específica a aplicar sanciones a los administrados
- b) Que establezca el tipo de sanciones que pueden ser impuestas

Ambas estipulaciones se cumplen en el caso del Artículo 19º de la Ley N° 29325. En efecto, la potestad sancionadora que ejerce el OEFA *proviene* del mandato establecido por el Literal b) del Numeral 1) de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013<sup>7</sup>, así como del Artículo 17º de la Ley N° 29325, modificado por el Artículo 1º de la Ley N° 30011; y no de sus propias resoluciones de Consejo Directivo (042-2013-OEFA/CD; 045-2013-OEFA/CD; y 049-2013-OEFA/CD) *las mismas que simplemente se limitan a aprobar un cuadro de infracciones y una escala de multas y sanciones.*

Por otro lado, como ya se ha expresado, el mismo principio de legalidad exige que en una ley o norma con rango de ley se deban establecer “las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado”. Vale decir, los tipos de sanción que pueden ser impuestos por una determinada entidad también deben de ser establecidos por ley.

Estos tipos de sanción (amonestación, multa, entre otros) deben ser aprobados por ley o norma con rango de ley para cumplir con el principio de legalidad. Este principio no exige que el detalle de cada uno de estos tipos de sanción sea aprobado por ley. Es más, lo común es que el detalle no sea objeto ni siquiera de una norma reglamentaria (lo cual sería lo más transparente), sino directamente de la interpretación de un funcionario público en cada caso en particular.

En el caso concreto del OEFA, los tipos de sanción que pueden imponerse han sido establecidos por el propio Decreto Legislativo 1013, de la siguiente

---

<sup>7</sup> Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 14 de mayo del 2008.

manera:

**“SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL.-  
CREACIÓN DE ORGANISMOS PÚBLICOS ADSCRITOS AL MINISTERIO  
DEL AMBIENTE**

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de Derecho Público interno, constituyéndose en Pliego Presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde. Sus funciones básicas son las siguientes:

- a) (...)
- b) Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, *aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión*, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda (...).”

Como se aprecia, es una norma con rango de ley y no una resolución la que establece los tipos de sanción que pueden ser impuestos por el OEFA (amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión), cumpliéndose con ello el principio de legalidad. De hecho, estos tipos son precisados y ampliados por el Artículo 136º de la Ley Nº 28611 - Ley General del Ambiente que establece que las sanciones a imponerse pueden ser:

- a) Amonestación
- b) Multa no mayor de 30 000 unidades impositivas tributarias vigentes a la fecha en que se cumpla el pago
- c) Decomiso, temporal o definitivo, de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción
- d) Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción
- e) Suspensión o cancelación del permiso, licencia, concesión o cualquier otra autorización, según sea el caso
- f) Clausura parcial o total, temporal o definitiva, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la infracción

## **V. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD Y EL ARTÍCULO 19º DE LA LEY**

El principio de tipicidad, al igual que el principio de legalidad, forma parte de los principios rectores del Procedimiento Administrativo Sancionador, encontrándose definido en el Numeral 4) del Artículo 230º de la LPAG de la siguiente manera:



“Principio de Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, *salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria*” (la cursiva es nuestra).

En base a este principio nadie puede ser sancionado por realizar una conducta que no estaba prevista previa y explícitamente en una ley como conducta sancionable. Más que un principio, la tipicidad constituye una garantía en contra de la arbitrariedad estatal y, por tanto, en un derecho plenamente exigible por los administrados. No basta con que la ley establezca las prohibiciones y las conductas que van a ser sancionadas, sino que también deben de estar redactadas en una forma lo suficientemente clara como para que cualquier administrado pueda comprender que esta (la conducta) no solo está prohibida, sino que su trasgresión acarreará una sanción administrativa.

De acuerdo con Gómez y Vergaray:

“La importancia de este principio está estrechamente vinculada con la necesidad de garantizar a los administrados un nivel de seguridad jurídica que les permita determinar qué conductas son consideradas reprimibles, así como las consecuencias que incurrir en estas puede generar.

Para lograr este objetivo, *no será necesario que una norma contemple todos los supuestos de hecho que son pasibles de configurar una infracción, ni que se expliquen de manera detallada todas las características de los ilícitos sancionables, pues ello resulta impracticable, sino que únicamente deberán contener información que hagan identificables las conductas infractoras y sus efectos*” (la cursiva es nuestra)<sup>8</sup>.

Por ello, en el mundo del principio de tipicidad, es posible distinguir una reserva de ley relativa, a diferencia de la reserva de ley absoluta, que es exigida en el principio de legalidad. Vale decir que, mientras que para la atribución de la potestad sancionadora y la determinación de los tipos de sanción que cada institución puede aplicar, nuestro ordenamiento jurídico exige la previa autorización legal; para el caso de los supuestos específicos en que estas sanciones

---

8 GÓMEZ, Hugo y Verónica VERGARAY. “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”. En MARAVÍ, Milagros (compiladora). *Sobre la ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Primera edición. Lima: UPC, 2009, pp. 410-411.



podrán ser aplicadas, la autorización legal expresa puede limitarse a la remisión al reglamento. Ello por cuanto en nuestro país se permite que la ley pueda autorizar al reglamento para que en este se tipifiquen conductas infractoras y, por tanto, sean pasibles de sanción administrativa.

### 5.1. El principio de tipicidad y los reglamentos

La doctrina en el Perú acoge con entusiasmo la opción de la complementariadad reglamentaria en materia de la tipicidad en el sancionador. Así, por ejemplo, Gallardo considera que “(...) *no está reservado a la ley el total de la regulación del ámbito sancionatorio* que corresponde a la materia de que se trate, sino que se autoriza al reglamento para que intervenga en la formulación de tipos y gradúe las sanciones, distinguiendo sus correspondientes grados; en definitiva, para que coadyuve con la ley en la elaboración del ordenamiento sancionador” (la cursiva es nuestra)<sup>9</sup>.

Por ello, la reserva legal importa que los reglamentos puedan tipificar siempre y cuando tengan la autorización expresa de una ley. Lo que no pueden hacer es tipificar directamente sin estar subordinados directamente a una norma con rango legal. Hacerlo implica una violación al principio de tipicidad. Siguiendo a Morón, “[l]a *regla de la colaboración reglamentaria en la tipificación* consiste en que las disposiciones de desarrollo (reglamentos ejecutivos) pueden especificar o graduar previsiones legales previas *con el fin de identificar mejor las conductas constitutivas del ilícito, pero sin constituir nuevas conductas sancionables* a las previstas legalmente” (la cursiva es nuestra)<sup>10</sup>.

Por ello, no debe causar extrañeza que mediante reglamentos se hayan tipificado distintas infracciones administrativas, especialmente en aquellos sectores en los que la regulación es sumamente especializada y se requiere de criterios técnicos complejos para poder establecer conductas prohibidas.

### 5.2. El Tribunal Constitucional y el principio de tipicidad

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a este principio en el caso N° 00197-2010-PA/TC indicando que:

Por consiguiente, y conforme a lo expuesto en la sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC, el subprincipio de tipicidad o taxatividad

---

9 GALLARDO, María Jesús. *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Primera edición. Madrid: Iustel, 2008, p. 44.

10 MORÓN, Juan Carlos. “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la ley peruana”. *Advocatus*. N° 13. 2005, p. 234.

constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que *las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo*, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal (la cursiva es nuestra)<sup>11</sup>.

Vale decir que no es suficiente con que las conductas infractoras sean recogidas en una ley o norma con rango de ley, sino que estas deben ser desarrolladas de manera tal que cualquiera pueda estar en capacidad de entender la extensión de la conducta prohibida. En otras palabras, no es constitucional hablar de infracción administrativa por interpretación.

En la siguiente cita, correspondiente a la sentencia expedida en el caso 2050-2002-AA/TC, se aprecia cómo el tribunal ha considerado, ya como totalmente conforme a nuestro marco constitucional, la posibilidad de tipificar vía reglamento, siempre y cuando exista una autorización *legal previa, expresa y precisa*:

No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el Ordinal “d” del Inciso 24) del Artículo 2º de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. *Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168º de la Constitución*. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (Derecho administrativo sancionador, Editorial Tecnos, Madrid 1994, pág. 260), “provo-ca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella” (la cursiva es nuestra)<sup>12</sup>.

Es más, la sola tipificación legal, en ocasiones, no es suficiente y resulta imprescindible que exista un reglamento que amplíe y precise los tipos sancionatorios previstos legalmente. Ello puede ocurrir por la vaguedad o amplitud con la que han sido tipificadas las sanciones. Así lo expresó el Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al Expediente N° 2192-2004-AA-TC:

---

11 Para ver el texto completo:  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00197-2010-AA.html>>

12 Para ver el texto completo:  
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>>

En el presente caso, la resolución impugnada que establece la máxima sanción posible en vía administrativa, es decir, la destitución de los recurrentes, tiene como respaldo legal el artículo 28º, incisos a) y d) del Decreto Legislativo Nº 276, que establece que: “(...) son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento; y d) La negligencia en el desempeño de las funciones”.

7. Este Tribunal considera que las dos disposiciones invocadas en la resolución que establece la destitución de sus puestos de trabajo de los recurrentes, *son cláusulas de remisión que requieren, de parte de la administración municipal, el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas*; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio consagrado en el Artículo 2º, Inciso 24), Literal d), de la Constitución, conforme a los criterios desarrollados en los fundamentos precedentes (la cursiva es nuestra).

De la lectura de estos extractos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se concluye que podemos encontrarnos ante tres posibilidades:

- a) Que exista una ley, pero que precise ser desarrollada por un reglamento. Sin reglamento que sirva de complemento a la ley, la potestad sancionadora no puede ser ejercida.
- b) Que exista una ley que baste por sí sola para tipificar adecuadamente una conducta como infractora.
- c) Que solo exista un reglamento. En este caso, la única posibilidad de validez del mismo es que provenga de una autorización legal expresa para tipificar.

### **5.3. Las resoluciones del Consejo Directivo del OEFA Nos. 042-2013-OEFA/CD; 045-2013-OEFA/CD; y 049-2013-OEFA/CD, y su compatibilidad con el principio de tipicidad**

Tal y como se ha expresado precedentemente, el Artículo 17º de la Ley Nº 29325, modificado por la Ley Nº 30011, establece que: “(...) [m]ediante resolución de Consejo Directivo del OEFA, se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. La tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las EFA”.

Vale decir, existe un mandato legal expreso de remisión de la tipificación de las conductas sancionables por infracciones ambientales a un reglamento aprobado por resolución del Consejo Directivo del OEFA. Esto se encuentra en

perfecta coherencia con el marco teórico expuesto precedentemente y con la posición que sobre el particular sostiene el Tribunal Constitucional.

No hay, por tanto, violación del principio de tipicidad por haberse aprobado por la vía reglamentaria la tipificación de infracciones ambientales. En adición, la misma Ley N° 29325 establece en su Artículo 19.2 que “[e]l Consejo Directivo del OEFA aprueba la escala de sanciones donde se establecen las sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las establecidas en el Artículo 136° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente”.

Con esta disposición, se complementa el cumplimiento estricto del principio de tipicidad, ya que es la propia ley la que delega al reglamento el desarrollo de la escala de sanciones aplicables para las infracciones que previamente se tipifiquen.

Hay que hacer notar que esta no es una delegación abierta y sin parámetro alguno. La norma es clara al expresar que la escala de sanciones deberá tener en consideración las sanciones que previamente habían sido establecidas en el Artículo 136° de la Ley General del Ambiente. Con ello, se cumple a cabalidad la disposición y el desarrollo jurisprudencial del tema por parte del Tribunal Constitucional en el sentido de que la atribución reglamentaria no es absoluta sino que está sujeta a parámetros que deben figurar en la propia ley.

En esta misma línea, las resoluciones de Consejo Directivo Nos. 042-2013-OEFA/CD; 045-2013-OEFA/CD y 049-2013-OEFA/CD detallan con exactitud la tipificación de la infracción, la sanción pecuniaria, la sanción no pecuniaria y la clasificación de la sanción. En cada una de ellas están claramente determinadas las infracciones que son leves, graves y muy graves.

Además, la norma no se queda únicamente en la natural sujeción al principio de razonabilidad y los conceptos de afectación a ciertos bienes jurídicos protegidos, lo cual de por sí hubiese sido suficiente para cumplir con las exigencias del principio de tipicidad; sino que también se complementa con las “Reglas generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA” y con la “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de las sanciones”; aprobadas mediante resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD y resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, respectivamente.

Con esta disposición, se complementa lo que es un verdadero sistema de aplicación de sanciones en el que se interrelacionan la ley y las disposiciones del

Consejo Directivo del OEFA (en su calidad de organismo técnico especializado). No puede haber mayor garantía del cumplimiento de la *lex certa* (y de todas las exigencias del principio de tipicidad) que someter a la autoridad al cumplimiento de requisitos de graduación de sanciones expresamente predefinidos en las normas reglamentarias.

Por lo tanto, para la aplicación de las sanciones de hasta 30 000 UIT, los administrados no solo tienen la tipificación expresa de las conductas que les puede merecer esa sanción, sino que también tienen una triple garantía adicional de que:

- a) Existe una sujeción al principio de razonabilidad de la potestad sancionadora del Estado, contemplada en el artículo 230º de la LPAG.
- b) La autoridad debe tener en consideración, los siguientes puntos, entre otros:
  - Afectación a los recursos naturales
  - Afectación a las áreas naturales protegidas
  - Afectación a los pueblos indígenas
  - La incidencia del daño en la pobreza de la comunidad
  - Los antecedentes de cumplimiento
  - La intencionalidad del infractor
- c) No se pueda aplicar la tabla de sanciones sin tener en consideración la “Metodología para el cálculo de multas (...)” aprobada mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo Nº 035-2013-OEFA/PCD.

## **VI. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD (PROPORCIONALIDAD) DE LA POTESTAD SANCIONADORA Y LAS ESCALAS DE SANCIONES APROBADAS POR EL OEFA**

La idea de proporcionalidad se remonta a un criterio tradicional de “prohibición de exceso” del derecho penal europeo. Este criterio partía de dos ideas: en primer lugar que las penas sean graduadas en forma proporcional al delito; y, en segundo lugar, que se establecieran con algún grado de proporcionalidad en relación con la importancia social del hecho y el bien jurídico protegido<sup>13</sup>.

A partir de este criterio, el principio de proporcionalidad tiene su origen en la jurisprudencia alemana, a través de las sentencias dictadas en el siglo XIX por parte del Tribunal Supremo Administrativo Alemán en el área del derecho de

---

13 SAPAG, Mariano. “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”. *Dikaion* Vol. 2, 2008, Nº 17 p. 170.

policía<sup>14</sup>. “En estos años, el contencioso administrativo en Alemania configuró el principio de proporcionalidad (...) para que los jueces de los tribunales contenciosos administrativos pudieran controlar más efectivamente a la policía”<sup>15</sup>.

Posteriormente, con el objetivo de forjar el derecho público como una forma de proteger a los derechos públicos subjetivos, el Tribunal Constitucional Alemán eleva este principio a rango constitucional. Resultado de ello, tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucional alemana, tomaron este principio como el máximo criterio delimitador del contenido esencial de los derechos fundamentales. En ese entonces se lo definía como:

El principio constitucional en virtud del cual la intervención pública (...) [era] “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades<sup>16</sup>.

Luego de incorporarse al ordenamiento alemán, este parámetro fue trasladado al derecho comunitario, en el que se le otorga la calidad de principio jurídico y se le plasma en múltiples normas, como la Carta de los Derechos Fundamentales de Niza. Es a partir de ese momento, que el principio de proporcionalidad en su versión codificada, empezó a dirigir la futura jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad Europea, en donde resultó un parámetro del control judicial y una reducción de la “densidad” del control en la aplicación del principio por la Corte Comunitaria<sup>17</sup>.

Una clara muestra de esta tendencia se presenta en el derecho español, en el que comienza a manifestarse como una herramienta de control de la discrecionalidad administrativa; empero, en un comienzo, el principio se aplicaba de

---

14 BLANKE, Herman-Josef. “El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano”. *Revista del Círculo de Derecho Administrativo* Nº 9, 2010, p. 343, Lima.

15 IBLER, Martín. “Importantes aspectos de la historia y dogmática de los derechos fundamentales en Alemania”. *Revista Iusta* Nº 21, 2004, p. 22, Bogotá.

16 BARNES, Javier. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”. *Revista de Administración Pública* Nº 135, 1994, p. 500, Madrid.

17 BLANKE, Hermmann-Josef. *Óp. cit.*, pp. 345-346.

un modo impreciso y asistemático. Es a partir de finales de la década de los ochenta que se inicia un progresivo proceso de formalización del principio de proporcionalidad, dada la constante invocación en la gran mayoría de sentencias de los elementos que permitieron llenarlo de contenido<sup>18</sup>. Años después, el principio de proporcionalidad sería llevado al ámbito del derecho constitucional, de tal manera que el Tribunal Constitucional español llega a acuñarlo como un principio, a efectos de dilucidar el contenido esencial de los derechos fundamentales frente a una norma que los reglamenta o restrinja, y constituye, a su vez, un criterio para la fundamentación de las decisiones judiciales que versan sobre los mismos<sup>19</sup>.

Según el administrativista español Sánchez:

El principio de proporcionalidad (...) viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales<sup>20</sup>.

Teniendo en cuenta esta posición, se trata de una herramienta interpretativa que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción, como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales. Complementando a Sánchez, Bernal sostiene que este principio tiene un rasgo constitucional, toda vez que “admite varias fundamentaciones complementarias, a saber: (i) la propia naturaleza de los principios de los derechos fundamentales; (ii) el principio del Estado de derecho; (iii) el principio de justicia; (iv) el principio de interdicción de la arbitrariedad”<sup>21</sup>.

---

18 SAPAG, Mariano Augusto. Óp. cit., pp. 172-173.

19 *Ibidem*.

20 SÁNCHEZ, Rubén. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”. En CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ (coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, 2010, p. 221.

21 BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003, p. 606.



Vistas así las cosas, el principio de proporcionalidad se convierte en el criterio de equilibrio o modulación entre las acciones que el Estado realiza en el cumplimiento de sus fines y el respeto de los derechos fundamentales de la persona o, en pocas palabras, el ámbito de la actuación de los poderes públicos, en tanto se explicita como filtro de armonía que impide que la actividad del Estado sobrepase los límites exigibles para la consecución de los intereses colectivos cuando los derechos individuales son afectados o menoscabados sin fundamento.

En nuestro ordenamiento jurídico administrativo, este principio se subsume en el de razonabilidad, contemplado como principio de la potestad sancionadora del Estado en el Artículo 230º de la LPAG. De acuerdo a Tirado, este principio adquiere una dimensión especial y es que se debe tomar en consideración:

(...) para poder determinar el contenido del principio de proporcionalidad<sup>22</sup> en materia de decisiones administrativas lo siguiente:

(...) se aplica a decisiones de la autoridad administrativa, que creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados.

(...) se aplica a decisiones de la autoridad administrativa que deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida.

(...) obliga a que las decisiones de la autoridad administrativa mantengan la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido<sup>23</sup>.

## 6.1. El Tribunal Constitucional y el principio de proporcionalidad

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha construido y ha dado contenido al principio de proporcionalidad. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que antes de la vigencia de la LPAG, el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas no tenía, en sentido estricto, un reconocimiento positivo que facilitara a los jueces su aplicación o que permitiera a los operadores administrativos su debida observancia. Prueba de ello es que, en un principio, se podía observar que el Tribunal Constitucional y otras instituciones públicas, como la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), se limitaban solo a citarlo<sup>24</sup>.

---

22 Cabe señalar que el autor toma como sinónimos el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad.

23 LUCCHETTI, Alfieri Bruno. "Algunos Alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas." *Revista del Círculo de Derecho Administrativo* N° 7, 2009, p. 484, Lima.

24 RUBIO, Marcial. Óp. cit., p. 162.



Sin embargo, a partir del 2004, se puede encontrar una referencia específica del principio de proporcionalidad. De este modo, en el Expediente Nº 0090-2004-AA/TC se esboza una definición de este principio, estableciendo que se trata de una conexión causa-efecto. Igualmente, establece una frontera entre la proporcionalidad y la razonabilidad, indicando que entre ambas hay una relación de género y especie, en la cual el principio de proporcionalidad es una modalidad del principio de razonabilidad<sup>25</sup>.

Del mismo modo, en el Expediente Nº 2192-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional afirma que es necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad para el control de las sanciones administrativas, así como que se debe realizar un triple juicio (que hemos señalado anteriormente): idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como tercer punto, también matiza estableciendo que este principio se aplicará solamente para las sanciones administrativas.

Esta idea la desarrolló con mayor vigor en la sentencia correspondiente al Expediente Nº 0012-2006-PI/TC, en el que expresó que:

El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del Artículo 200º de la Constitución, por lo que, teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad.

## **6.2. Las resoluciones de Consejo Directivo del OEFA Nos. 042-2013-OEFA/CD; 045-2013-OEFA/CD; y 049-2013-OEFA/CD, y el principio de proporcionalidad**

Las escalas de multas aprobadas mediante resoluciones del Consejo Directivo del OEFA no solo no vulneran el principio de proporcionalidad, sino que se

---

<sup>25</sup> Sin embargo, para Rubio, ello no debería darse, dado que "(...) es necesario eliminar este tipo de problemas para dar un significado preciso a conceptos tan importantes (...). "El Tribunal debería hacer un esfuerzo por precisar sus definiciones a partir del principio cartesiano de lo claro y lo distinto". (RUBIO, Marcial. Óp. cit., p.175).

encuentran alineadas con las metodologías más modernas que existen en nuestro país para prevenir una situación abusiva en contra de los administrados.

Las multas no son de 30 000 UIT como algunos podrían advertir, sino de *hasta 30 000 UIT*, lo cual, visto y analizado en el contexto, es radicalmente diferente. El marco legal permite que la sanción pueda cumplir su función en todos los casos, estableciendo un margen de discrecionalidad administrativa sujeta a fuertes controles y limitaciones legales.

Todas las resoluciones que aprueban las tablas de sanciones establecen de manera expresa que la cuantificación de las multas está sujeta a la metodología aprobada por la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo del OEFA N° 035-2013-OEFA/PCD. Igualmente, *hay una vinculación expresa al principio de razonabilidad de la potestad sancionadora*, establecido por el Artículo 230° de la LPAG; y, finalmente, también se establecen parámetros claros de afectación de derechos fundamentales como criterio para poder graduar adecuadamente la sanción.

En los hechos, el conjunto normativo que gira alrededor de las sanciones que se pueden imponer por infracciones ambientales es mucho más seguro y predecible que la mayor parte de ordenamientos administrativo sancionadores, en los que el margen para la discrecionalidad de la Administración suele tener como único límite el texto puro del principio de razonabilidad, tal y como es desarrollado en la LPAG.

Lo común en otras instituciones (como lo es en las reguladoras o en el Indecopi, por ejemplo) es que exista en sus procedimientos sancionadores una sola garantía de freno a la arbitrariedad. En el marco jurídico que regula la actuación del OEFA, se han establecido tres garantías o frenos explícitos, de manera tal que se protege adecuadamente al administrado contra cualquier exceso que se pueda cometer en la aplicación de una norma que ha sido muy respetuosa con todos los principios que ordenan la potestad sancionadora del Estado.

### **6.3. Clasificación de las infracciones y sanciones: leves, graves y muy graves**

La norma impone tres grupos infractores, en función de la gravedad del daño que las conductas infrinjan al ambiente. Para determinar cuáles de ellas encajarán en cada una de estas clases, será necesario tener en consideración los siguientes criterios:

*Afectación a la salud*, entendiéndose por tal que el daño debe tener un efecto en la salud de las personas que se encuentren afectadas por aquel. A pesar de parecer obvio, la calificación de la magnitud de la infracción será (o deberá ser) hecha tomando en cuenta las consecuencias que tenga el daño en las víctimas, es decir, a menor afectación, menor la necesidad (razonabilidad) de imponer una sanción elevada.

*Afectación al ambiente*, lo que importa es que el daño debe tener una relación con algún tipo de efecto nocivo (dañino) para con el medio ambiente, ya sea real o potencial, puesto que este es uno de los principales objetos de tutela jurídica que se intentan proteger y defender con escalas de multas tipificadas para este tipo de situaciones.

*La potencialidad o certeza de daño*, considerado como fuente o punto de partida de una responsabilidad jurídicamente indemnizable o sancionable, puesto que pone a la víctima en una posición de peligro inminente, que podría ser catastrófica o irreversible.

## VII. CONCLUSIONES

1. Los cuadros de sanciones aprobados por Resoluciones de Consejo Directivo Nos. 042-2013-OEFA/CD; 045-2013-OEFA/CD; y 049-2013-OEFA/CD, definen de manera clara y precisa las infracciones que pueden ser sancionadas con multas *de hasta 30 000 UIT*.
2. No se presenta un exceso de punición que pueda ser considerado como violatorio del principio de proporcionalidad. Mucho menos aún resultan confiscatorias las sanciones.
3. El ordenamiento jurídico del OEFA contempla mecanismos, suficientes y garantistas, de control de la discrecionalidad administrativa en la graduación de las sanciones que sean impuestas como resultado de una infracción ambiental.

## BIBLIOGRAFÍA

BARNES, Javier

- 1994 "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario". *Revista de Administración Pública*. Madrid, número 135.

BERNAL, Carlos

2003 *El principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

BLANKE, Herman-Josef

2010 "El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano". *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, número 9.

DANÓS, Jorge

1995 "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública". *Ius et Veritas*. Lima, número 10.

GALLARDO, María Jesús

2008 *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Primera edición. Madrid: Iustel.

GÓMEZ, Hugo y Verónica VERGARAY

2009 "La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador". En MARAVÍ, Milagros (compiladora). *Sobre la ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Primera edición. Lima: UPC.

IBLER, Martín

2004 "Importantes aspectos de la historia y dogmática de los derechos fundamentales en Alemania". *Revista Iusta*. Bogotá, número 21.

LUCCHETTI, Alfieri

2009 "Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas." *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, número 7.

MORÓN, Juan Carlos

2005 "Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la ley peruana". *Advocatus*. Lima, número 13.

SÁNCHEZ, Rubén

2010 "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana". En CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ (coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.

SAPAG, Mariano

2008 “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”. *Dikaion. Chía*, volumen 2, número 17.

## TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA AMBIENTAL

HUGO R. GÓMEZ APAC  
MILAGROS GRANADOS MANDUJANO (\*)

### SUMARIO

*En el presente artículo, los autores desarrollan las técnicas normativas que pueden emplearse para tipificar infracciones administrativas y establecer las respectivas escalas de sanciones. Sostienen que la colaboración reglamentaria es la técnica más idónea para tipificar infracciones ambientales, debido a la complejidad y variabilidad de las conductas infractoras. Asimismo, afirman que las tipificaciones vigentes en materia ambiental son claras, precisas y cumplen estrictamente con la aplicación de los principios de legalidad y de tipicidad.*

I. Introducción. II. Técnicas normativas sobre tipificación de infracciones administrativas. III. Tipificación de infracciones ambientales. IV. Tipificación aprobada por el OEFA. VI. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad exige que las conductas tipificadas como ilícitas y las sanciones aplicables estén previamente contempladas en una norma con rango de ley. La aplicación de este principio en el Derecho administrativo admite ciertos matices. Los alcances del mencionado principio se han modulado a fin de adaptarse al dinamismo y la complejidad técnica de las infracciones administrativas (ilícitos administrativos).

---

\* Los autores agradecen a Percy Grandez Barrón por el valioso apoyo brindado en la elaboración y corrección del presente documento.

Ello puede apreciarse especialmente en la regulación ambiental, en la cual el carácter especializado de la materia y el constante avance tecnológico impiden al legislador establecer en una única norma legal una lista taxativa de infracciones ambientales y sanciones aplicables. Por tal motivo, resulta frecuente que se recurra a la colaboración reglamentaria para tipificar de manera específica las conductas infractoras.

En efecto, en la mayoría de los casos, para tipificar con precisión una infracción administrativa resulta necesario un grado de detalle y concreción que la ley por sí sola no puede aportar. Además, en determinadas ocasiones, resulta imprescindible efectuar una rápida variación de criterios de regulación, lo que no puede lograrse fácilmente con las leyes expedidas por el Congreso de la República. Por ende, se requiere emplear técnicas normativas más flexibles y dinámicas.

En este contexto, en el presente artículo se desarrollan las principales técnicas normativas que se pueden emplear para tipificar infracciones administrativas ambientales y establecer la escala de sanciones respectiva. Asimismo, se demuestra que las tipificaciones vigentes en materia ambiental son claras y precisas, y cumplen estrictamente con la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad.

## II. TÉCNICAS NORMATIVAS SOBRE TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

El Numeral 24 del Artículo 2º de la Constitución Política del Perú señala que en aplicación del principio de legalidad “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

El principio de legalidad tiene dos manifestaciones: una formal, que suele denominarse exigencia de reserva legal; y otra material, conocida como mandato de tipificación legal<sup>1</sup>. Los alcances de cada una de estas manifestaciones determinan las técnicas que pueden emplearse para tipificar infracciones administrativas, las cuales se desarrollan a continuación.

---

1 Cf. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, p. 259.

## 2.1. Reserva legal

La reserva de ley constituye una garantía de carácter formal<sup>2</sup>, por medio de la cual se exige que las infracciones y sanciones estén previamente contempladas en una norma jurídica que cuente con el rango (formal) de ley<sup>3</sup>. El fundamento de la reserva de ley es asegurar que el establecimiento de las infracciones y sanciones se realice mediante el procedimiento legislativo, es decir, a través de una discusión pública con participación de la oposición política y de conocimiento accesible a los ciudadanos, con lo cual se obtiene mayor legitimidad democrática<sup>4</sup>.

En el ámbito administrativo, la tipificación de infracciones no requiere una reserva *absoluta* de ley, pues puede recurrirse a la colaboración reglamentaria. La reserva absoluta de ley implica que en la norma con rango de ley (ley orgánica, ley ordinaria o decreto legislativo) se contemple tanto la sanción como la descripción de la conducta infractora (tipicidad), sin posibilidad de complementar esa descripción a través de un reglamento administrativo de aplicación o de desarrollo, lo cual resulta complejo en la práctica ante la inmensidad de infracciones administrativas existentes. Por tal motivo, resulta válido recurrir a la colaboración reglamentaria, según la cual es suficiente que la ley haga una descripción genérica de las conductas sancionables y de las clases y cuantía de las sanciones, dejando al reglamento administrativo la descripción pormenorizada de las conductas infractoras, es decir, la tipicidad.

En esta línea, el Tribunal Constitucional peruano señala que la precisión de lo que se considera antijurídico (tipicidad) puede ser desarrollada a través de reglamentos administrativos, conforme se advierte de la siguiente cita:

---

2 La doctrina manifiesta que a través de la reserva legal se exige que la regulación de un asunto determinado se realice expresamente en una ley orgánica o una ley ordinaria. De manera especial están sujetas a la reserva legal aquellas normas que limitan o restringen derechos y garantías constitucionales (establecimiento de infracciones y sanciones). Cf. BREWER - CARÍAS, Allan. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Universidad Central de Venezuela, p. 206.

3 Cf. ESTEVE, José. *Lecciones de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 401.

4 Cf. NIETO, Alejandro. *Óp. cit.*, p. 219.



(...) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero (...) se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. **Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos**<sup>5</sup>.

(Negrilla agregada)

Lo expuesto por el Tribunal Constitucional guarda correspondencia con lo establecido en el Numeral 4 del Artículo 230º de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual refiere lo siguiente:

**Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

4. **Tipicidad.-** Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones **previstas expresamente en normas con rango de ley** mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las **disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar** aquellas dirigidas a identificar las conductas sancionables a las previstas legalmente, **salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria**.

(Negrilla agregada)

Sobre el particular, la doctrina nacional sostiene que la participación de una norma reglamentaria en el proceso de tipificación de los ilícitos administrativos se justifica en argumentos fácticos, tales como la complejidad técnica de algunas materias, la necesidad de atender el dinamismo de una determinada actividad, la inviabilidad de hacer casuística en una norma con rango legal, entre otros. El legislador solicita la colaboración de la Administración Pública cuando considera que en la tipificación se abordarán aspectos técnicos o muy dinámicos que no justifica mantenerlos dentro de la reserva de ley<sup>6</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia española señala que la colaboración reglamentaria se justifica sobre la base de los siguientes argumentos:

---

5 Cf. Tribunal Constitucional del Perú, sentencia del 24 de agosto del 2010, recaída en el expediente N° 00197-2010-PA/TC, fundamento jurídico 5.

6 Cf. MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 712-713.

- La Administración Pública “(...) cuenta a su favor con una agilización de medios, con una experiencia, con una habitualidad, con una rapidez y con una continuidad, que es lo que explica (...) la titularidad del poder reglamentario”<sup>7</sup>.
- La tipificación por la vía reglamentaria resulta “debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables”<sup>8</sup>.
- Porque “sería ilógico exigir al legislador una previsión casuística”<sup>9</sup>.
- Por el “carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias”<sup>10</sup>.
- Porque “en el ámbito reglamentario las consideraciones de oportunidad pueden hacer necesaria una relativa rápida variación de criterios de regulación”<sup>11</sup>.

De este modo, y como señala la doctrina, la reserva legal adquiere una nueva dimensión: no es tanto el deber del legislador de tipificar las infracciones, sino que tenga la posibilidad de hacerlo y decida si va a realizarlo él directamente o va a encomendárselo al Poder Ejecutivo. La reserva legal implica, entonces, una prohibición al reglamento de entrar por su propia iniciativa en el ámbito legislativo; pero no prohíbe al legislador autorizar al Poder Ejecutivo para que así lo haga y dentro de los límites establecidos. Negar esto significaría, por un lado, recortar al Parlamento su propia libertad de decisión y, por el otro, implantar un sistema absolutamente irreal y, en definitiva, paralizador de la Administración Pública. Llevar la reserva de ley a sus últimas consecuencias terminaría beneficiando a los infractores, puesto que la red legal nunca puede ser tan densa ni modificarse tan rápidamente como la reglamentaria<sup>12</sup>.

---

7 STS del 10 y 20 de marzo de 1985, 28 de enero y 12 de febrero de 1986, citadas por NIETO, Alejandro. Óp. cit., p. 263.

8 STC 77/1985, del 27 de junio, fundamento jurídico 14.

9 STC 99/1987, del 11 de junio, fundamento jurídico 3.b).

10 STC 42/1987, del 7 de abril, fundamento jurídico 2.

11 STS del 8 de junio de 1988.

12 Cf. NIETO, Alejandro. Óp. cit., p. 220.

En consecuencia, en el ámbito administrativo, la reserva de ley puede funcionar de dos maneras distintas. Mediante la primera modalidad, la ley regula por sí misma toda la materia reservada; esta es la variedad conceptualmente más lógica, pero apenas usada por la dificultad y rigidez que supone la regulación exclusiva en la ley. Mediante la segunda modalidad, que es la habitual, la ley (que es siempre inexcusable) no regula exhaustivamente la materia, sino que se limita a lo esencial, y el resto lo remite al reglamento, al que invita (u ordena) a colaborar en la tarea normativa<sup>13</sup>.

A continuación, se desarrolla cada una de las modalidades de tipificación antes descritas.

### 2.1.1. Tipificación por ley

La tipificación por ley también es conocida como tipificación exhaustiva o exclusiva en la ley. En esta modalidad, las conductas sancionables se encuentran definidas y caracterizadas en una norma con rango de ley. Así, solo las prohibiciones que por ley se definen como infracciones administrativas pueden ser objeto de sanción<sup>14</sup>.

En la ley se describen detalladamente los elementos del supuesto de hecho de la conducta infractora. Por ende, la infracción prevista en la ley no requiere ser complementada o desarrollada por un reglamento.

Un claro ejemplo de esta modalidad de tipificación se puede encontrar en el Artículo 191º de la Ley N° 26859 - Ley Orgánica de Elecciones<sup>15</sup>, el cual establece lo siguiente:

**Artículo 191º.-** La publicación o difusión de encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza sobre los resultados de las elecciones a través de los medios de comunicación puede efectuarse hasta el domingo anterior al día de las elecciones.

El día de la elección sólo se pueden difundir proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales luego de la difusión del primer conteo rápido que efectúe la ONPE o a partir de las 22:00 horas, lo que ocurra primero<sup>16</sup>. En caso de incumplimiento, se sancionará al infractor con una multa entre 10 y 100 Uni-

---

13 Ídem, p. 223.

14 Cf. ESTEVE PARDO, José. Óp. cit., p. 406.

15 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de octubre de 1999.

16 De conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02-2001-AI-TC, publicada el 5 de abril del 2001, se declara inconstitucional el

dades Impositivas Tributarias que fijará el Jurado Nacional de Elecciones; lo recaudado constituirá recursos propios de dicho órgano electoral.

Como se puede apreciar, en la citada norma legal se precisa de forma clara y detallada en qué consiste la conducta infractora y cuál será la sanción a imponer. La norma ha regulado por sí misma toda la materia reservada.

Otro claro ejemplo de la tipificación por ley se puede encontrar en los Artículos 8º, 9º, 11º y 43º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034<sup>17</sup>, los cuales prescriben lo siguiente:

**Artículo 8º.- Prohibición absoluta.-**

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.

**Artículo 9º.- Prohibición relativa.-**

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

**Artículo 11º.- Prácticas colusorias horizontales.-**

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;

---

segundo párrafo del Artículo 191º de la Ley N° 26859, en el extremo que dispone: “El día de las elecciones sólo se pueden difundir proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales luego de la difusión del primer conteo rápido que efectúe la ONPE o a partir de las 22.00 horas, lo que ocurra primero”, dejándose subsistente la limitación de difundir cualquier información relacionada con la votación, cualquiera sea su fuente, antes de la hora del cierre de la misma.

17 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de junio del 2008.

- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
  - (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
  - (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
  - (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
  - (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
  - (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
  - (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
- 11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:
- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
  - b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
  - c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
  - d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.
- 11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.

#### **Artículo 43º.- El monto de las multas.-**

- 43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:
- a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades econó-

- micas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,
  - c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

Como puede advertirse, en los artículos antes mencionados se detallan los supuestos específicos que configuran el tipo infractor. Asimismo, se establece la sanción que corresponderá imponer en el caso concreto, teniendo en cuenta la gravedad de la conducta infractora.

Otro ejemplo de tipificación por ley se puede apreciar en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, mediante la cual se reprime todo acto de competencia desleal que tenga por efecto afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Ejemplo de ello el siguiente acto que afecta la transparencia en el mercado:

**Artículo 8°.- Actos de engaño.-**

- 8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.
- 8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

Dicha conducta infractora puede ser sancionada teniendo en cuenta la siguiente escala:

### **Artículo 52º.- Parámetros de la sanción.-**

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
- d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientos (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

Como se puede apreciar, en la norma legal se agota la descripción de la conducta infractora y se precisa la escala de sanciones correspondiente. Dicha norma legal no requiere ser complementada por un reglamento.

#### **2.1.2. Colaboración reglamentaria**

La colaboración reglamentaria también es conocida como tipificación por la vía reglamentaria. En esta modalidad, la ley solicita al reglamento colaborar en la tipificación de infracciones y sanciones. El reglamento debe limitarse a precisar o desarrollar la conducta infractora y a graduar la sanción a imponer, teniendo en cuenta los parámetros establecidos en la ley.

En este sentido, y como señala la doctrina<sup>18</sup>, para que se configure la colaboración reglamentaria se deben cumplir las siguientes condiciones:

- La tipificación reglamentaria requiere de una habilitación expresa de la ley.

---

18 Cf. NIETO, Alejandro. Óp. cit., pp. 229 y 269.

- La ley de remisión debe establecer **parámetros (instrucciones y límites)** dentro de los cuales se ha de elaborar el reglamento administrativo correspondiente.
- El reglamento administrativo únicamente puede regular lo que la ley le ha encomendado, dentro de las instrucciones y límites establecidos.

Con relación a los parámetros, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la tipificación reglamentaria solo resulta constitucionalmente lícita cuando en la ley de remisión “queden suficientemente **determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica** (de tal manera que solo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley) **y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer**”.<sup>19</sup>

En la misma línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional sostiene que es perfectamente posible y constitucionalmente legítimo el establecimiento de infracciones y sanciones a través de reglamentos administrativos, siempre y cuando estos **no desnaturalicen la finalidad y la razón de ser de la ley** que pretenden regular, en estricta observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>20</sup>

En consecuencia, se vulneraría el principio de reserva de ley si el legislador se contenta con abrir paso a la regulación reglamentaria sin añadir precisión alguna<sup>21</sup>. En estos casos, se produciría lo que el Tribunal Constitucional español denomina “deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir”<sup>22</sup>.

Como menciona el citado Tribunal, la reserva de ley no excluye “la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (...), pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar

<sup>19</sup> STC 3/1988, del 21 de enero de 1988, fundamento jurídico 9.

<sup>20</sup> Cf. Sentencia del 29 de marzo del 2007, recaída en el expediente N° 05262-2006-PA/TC, fundamento jurídico 6.

<sup>21</sup> Cf. NIETO, Alejandro. Óp. cit., p. 229.

<sup>22</sup> STC 83/1984 del 24 de julio de 1984, fundamento jurídico 4.



que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes.”<sup>23-24</sup>

De igual manera, la doctrina menciona que la remisión legal resultaría inconstitucional si implica la “habilitación o remisión al reglamento para la configuración *ex novo* de obligaciones o prohibiciones cuya contravención de [dé] origen a una infracción sancionable”<sup>25</sup>.

Por lo expuesto, a través de las disposiciones reglamentarias se puede introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites contemplados en la ley. El reglamento administrativo únicamente debe contribuir a una mejor identificación de las conductas o a una más precisa determinación de las sanciones correspondientes<sup>26</sup>.

Un claro ejemplo de colaboración reglamentaria se configura en la tipificación de infracciones por responsabilidad administrativa funcional. En el Artículo 46º de la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República<sup>27</sup>, se realiza una descripción genérica de las conductas infractoras y se autoriza al reglamento a desarrollarlas o especificarlas, tal como se aprecia de la siguiente cita:

**Artículo 46º.- Conductas infractoras**

Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen. Entre estas encontramos las siguientes conductas:

---

23 STC 16/2004 del 23 de febrero del 2004, fundamento jurídico 5.

24 En este sentido, la doctrina señala que no son posibles ni las regulaciones reglamentarias independientes o que intenten tipificar conductas sancionables o sanciones sin cobertura legal precisa, ni las que pretendan ampararse en una cláusula de deslegalización o de remisión inespecífica, puesto que esto vulneraría la reserva de ley. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, Lima: Palestra Editores, 2011, p. 1077.

25 NIETO, Alejandro. Óp. cit., p. 244.

26 Cf. LOZANO, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo*. Madrid: La Ley, 2010. p. 717.

27 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de julio del 2002.

- a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público.
- b) **Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.**
- c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.
- d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público.

**El reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional** (graves o muy graves) que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la Contraloría General. Asimismo, el procesamiento de las infracciones leves será de competencia del titular de la entidad.

(Negrilla agregada)

En cumplimiento de lo establecido en dicha ley, se ha emitido el Reglamento de Infracciones y Sanciones para la Responsabilidad Administrativa Funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM<sup>28</sup>, a través del cual se especifican las conductas infractoras. Así, por ejemplo, la infracción genérica prevista en el Literal b) del Artículo 46° de la Ley N° 27785 ha sido desarrollada en los siguientes términos:

**Artículo 7°.- Infracciones por trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública**

Los funcionarios o servidores públicos incurrir en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, relacionadas a la trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública, específicamente por:

Infracción contra el principio de idoneidad

- a) Ejercer profesión o prestar servicios en las entidades sin reunir los requisitos requeridos para el puesto o cargo, o haciendo uso de título o grado académico falsos, causando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

28 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 18 de marzo del 2011.

### Infracciones contra el principio de veracidad

- b) Faltar a la verdad o incurrir en cualquier forma de falsedad en los procedimientos en que participe con ocasión de su función o cargo, generando perjuicio económico para el Estado o grave afectación al servicio público. Esta infracción es considerada como muy grave.

Como se puede observar en el ejemplo antes descrito, existe una habilitación legal expresa para que el reglamento especifique las conductas infractoras. La ley ha descrito de manera genérica la conducta infractora y el reglamento se ha limitado a especificarla. Mediante el reglamento no se crean nuevas obligaciones, ni se transgrede la finalidad ni la razón de ser de la ley.

## 2.2. Mandato de tipificación legal

Como se ha indicado anteriormente, el principio de legalidad tiene una vertiente material conocida como principio de tipicidad o, más precisamente, de taxatividad. Este principio tiene como objetivo proteger la seguridad (certeza) jurídica y reducir la discrecionalidad o arbitrio en la aplicación del Derecho<sup>29</sup>.

Para tal efecto, este principio exige que tanto los comportamientos prohibidos, como las sanciones a imponer, sean descritos clara e inequívocamente en la norma jurídica. De esta forma se logra que los ciudadanos puedan prever, en todo momento, las consecuencias jurídicas (sanción) que se puedan derivar de su conducta<sup>30</sup>.

El mandato de tipificación se manifiesta en dos planos sucesivos: primero, impone que la norma describa la conducta infractora; y luego, que le atribuya una sanción. Veamos cada uno de estos planos.

### 2.2.1. Tipificación de la conducta infractora

Para cumplir con el mandato de tipificación se pueden emplear dos técnicas normativas. En primer lugar, la tipificación directa, a través de la cual se precisa en una única norma jurídica la descripción concreta de la conducta infractora. En segundo lugar, la tipificación indirecta, por la cual en la norma se declara que constituye infracción el incumplimiento de un mandato estable-

---

29 Cf. NIETO, Alejandro. Óp. cit., p. 260.

30 Cf. GÓMEZ, Manuel e Iñigo SANZ. *Derecho administrativo sancionador: Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Segunda edición. Lima: Editorial Aranzadi, 2010, p. 153.

cido en otro precepto normativo; de esta manera, la tipificación resulta de la conjunción entre la norma que establece el mandato (o prohibición) concreto y la norma que declara genéricamente que su violación es una infracción<sup>31</sup>. Veamos a continuación cada una de las modalidades antes descritas:

#### **a) Tipificación directa**

En esta modalidad, en un único precepto normativo se establece de forma clara y precisa la conducta que constituye infracción administrativa. De esta forma, se realiza una tipificación directa y completa de las conductas sancionables.

Un claro ejemplo de esta modalidad de tipificación lo encontramos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044<sup>32</sup>, mediante la cual se reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

En el Artículo 6° de la citada ley se establece de forma clara la conducta infractora:

##### **Artículo 6°.- Cláusula general.-**

- 6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.
- 6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

Incluso en el Capítulo II de la ley antes mencionada se contempla un listado enunciativo de los actos de competencia desleal. Entre estos, tenemos el siguiente:

---

31 Cf. NIETO, Alejandro. Óp. cit., p. 285.

32 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de junio del 2008.

### **Artículo 15º.- Actos de sabotaje empresarial.-**

- 15.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.
- 15.2.- Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial.

Como se puede apreciar, la norma legal realiza su tarea tipificadora de manera precisa y autónoma, de manera tal que la conducta infractora queda perfectamente descrita en dicha norma.

#### **b) Tipificación indirecta**

En esta modalidad, en un precepto normativo se establecen las obligaciones del administrado, y en otro se precisa que el incumplimiento de dichas obligaciones constituye infracción administrativa. Como se aprecia, la tipificación es indirecta o remisiva.

Como señala la doctrina, estos tipos administrativos no son autónomos, sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento implica la configuración de la infracción administrativa. En consecuencia, el tipo infractor no se realiza a través de una descripción directa, sino que surge de la conjunción de dos normas: la que manda o prohíbe y la que advierte que el incumplimiento es infracción<sup>33</sup>.

La validez de esta técnica normativa ha sido reconocida por diversos tribunales constitucionales. Así, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que no vulnera la exigencia de *lex certa* "la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes u obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible con suficiente grado de certeza, la

---

33 Cf. NIETO, Alejandro. Óp. cit., pp. 276-277.

consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión”<sup>34</sup>.

En esta misma línea, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que, en el ámbito administrativo, resulta plenamente válido emplear la tipificación indirecta para establecer las conductas infractoras:

Las conductas reprochables desde el punto de vista del derecho sancionatorio de la administración no requieren la descripción explícita de una falta y la categorización de su ilicitud pues, como reafirma la doctrina **“la descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible”**. Las faltas del derecho sancionatorio operan, mejor, por remisión a otras normas jurídicas que obligan, imponen, prohíben, regulan y modulan conductas a que los asociados están sometidos (...) Con dicha metodología, el derecho sancionatorio recurre a una **tipificación indirecta**.<sup>35</sup>

Lo anterior **no significa un sacrificio del principio de legalidad**, pues es claro que ha de poderse determinar que **una norma específica, clara, concreta, exigía el cumplimiento de determinados requisitos**, obligaciones o deberes, **para que la administración pueda, en uso del derecho sancionador, imponer una pena por su inobservancia**.<sup>36</sup>

(Negrilla agregada)

Más aún, dicha Corte Constitucional ha señalado que en ocasiones resulta necesaria la tipificación indirecta, debido a la variabilidad y al carácter técnico de ciertas conductas, tal como se advierte de la siguiente cita:

Finalmente, debe considerarse que la técnica de remisión normativa es necesaria en determinados campos jurídicos (...) En efecto, determinadas materias — como acontece en el tema cambiario — están sujetas a constantes modificaciones y ajustes, lo cual hace imposible que el Congreso de la República o el legislador extraordinario pueda vislumbrar en un momento determinado cuáles serán los nuevos deberes, obligaciones y prohibiciones cuyo incumplimiento en un momento determinado puedan llegar a constituir una conducta reprochable. De la misma forma, existen disciplinas jurídicas de enorme complejidad técnica que

34 Cf. Tribunal Constitucional de España, STC 219/1989 de 21 de diciembre de 1989, fundamento jurídico 5.

35 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1153/05 de 11 de noviembre del 2005, fundamento jurídico V. 4.

36 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-564/00 de 17 de mayo del 2000, fundamento jurídico 5.5.1.

dificultan su descripción minuciosa por parte del legislador.<sup>37</sup>

Cabe indicar que la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la tipificación indirecta resulta válida si se puede identificar con facilidad la norma jurídica en la que se contempla la obligación (cuyo incumplimiento configuraría la infracción), y si esta se encuentra descrita con precisión y claridad, tal como se aprecia de la siguiente cita:

No obstante, para que la remisión sea constitucional la disposición que la efectúa ha de comprender unos **contenidos mínimos** que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma **identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto.**

**Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada,** de forma tal que su aplicación se efectúe con el respeto debido al principio de tipicidad<sup>38</sup>.

(Negrilla agregada)

Por su parte, la doctrina jurídica considera que “la tipificación indirecta ha evitado el colapso normativo que, de otra suerte, se hubiera producido inevitablemente ya que las leyes —y ni siquiera los reglamentos— están en condiciones de realizar una tipificación completa”<sup>39</sup>.

Un claro ejemplo de tipificación indirecta son las infracciones prescritas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley N° 29571<sup>40</sup>. El Artículo 108° del citado código establece que el incumplimiento de las obligaciones del proveedor constituye infracción administrativa, tal como se aprecia de la siguiente cita:

**Artículo 108°.- Infracciones administrativas**

**Constituye infracción administrativa** la conducta del proveedor que transgrede las disposiciones del presente Código, tanto si ello implica violar los derechos reconocidos a los consumidores como **incumplir las obligaciones que**

---

37 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-343/06 del 3 de mayo del 2006, fundamentos jurídicos 5.1 y 5.2.

38 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-343/06 del 3 de mayo de 2006, fundamento jurídico 5.2.

39 Cf. NIETO, Alejandro. Óp. cit., p. 317.

40 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 2 de setiembre del 2010.

**estas normas imponen a los proveedores.** También son supuestos de infracción administrativa el incumplimiento de acuerdos conciliatorios o de laudos arbitrales y aquellos previstos en el Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, y en las normas que lo complementen o sustituyan.

(Negrilla agregada)

Para determinar el contenido de la infracción, el administrado deberá tener en consideración las disposiciones del código que contemplan las obligaciones del proveedor. Entre ellas, tenemos a los Artículos 18º y 19º, que establecen la siguiente obligación:

#### **Artículo 18º.- Idoneidad**

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

#### **Artículo 19º.- Obligación de los proveedores**

El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.

Como se puede apreciar, para conocer la conducta infractora, el administrado deberá analizar conjuntamente lo establecido en los Artículos 18º, 19º y 108º del código antes mencionado.

### **2.2.2. Tipificación de sanciones**

Como se ha indicado anteriormente, no solo la infracción sino también la sanción ha de estar debidamente prevista en la norma jurídica. Para tipificar las sanciones se pueden emplear las siguientes técnicas normativas:



### a) Sanción tasada

En esta modalidad se atribuye a cada infracción administrativa una sanción tasada. La sanción atribuida constituye un monto fijo, invariable, que se aplica por igual a todos los infractores. Generalmente, se establecen estas sanciones para reprimir conductas infractoras recurrentes, que se presentan en similares circunstancias, lo cual permite estandarizar la sanción a imponer. La ventaja de establecer sanciones tasadas reside en su carácter expeditivo, así como en garantizar una mayor objetividad en la imposición de las sanciones. Ello en atención a que, en estos casos, la autoridad administrativa se limita a imponer la sanción prevista en la norma, sin emplear su discrecionalidad técnica.

A modo de ejemplo se pueden tener en cuenta las infracciones tributarias. En la Tabla I del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF<sup>41</sup>, se contempla la siguiente infracción para las personas y entidades generadoras de Renta de Tercera Categoría:

Infracción	Base legal referencial	Sanción
Emitir y/u otorgar documentos que no reúnen los requisitos y características para ser considerados como comprobantes de pago o como documentos complementarios a éstos, distintos a la guía de remisión.	Numeral 2 del Artículo 174° del Texto Único Ordenado del Código Tributario	50% de la UIT o cierre

En la norma citada se atribuye a la conducta infractora una sanción fija ascendente al 50 % de la UIT vigente.

### b) Sanción no tasada

En esta modalidad, la norma atribuye a la conducta infractora una sanción no tasada. La sanción resulta flexible, pues está constituida por un rango determinado. Esto es, está conformada por un monto mínimo y un monto máximo. Ello permite a la Administración Pública graduar la sanción a imponer, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso<sup>42</sup>.

41 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de junio del 2013.

42 Cf. NIETO, Alejandro. *Óp. cit.*, pp. 511-512.

Por lo general, la norma precisa los criterios que la autoridad administrativa debe tener en cuenta para establecer la sanción en un caso concreto. Entre estos, tenemos la gravedad del daño, el beneficio ilícito, la probabilidad de detección de la infracción, los factores agravantes y atenuantes, entre otros.

Este mecanismo de atribución de la sanción permite un margen de discrecionalidad técnica a los operadores jurídicos, el cual debe ejercerse observando los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.

Un claro ejemplo de sanción no tasada se puede encontrar en el Artículo 110º del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley N° 29571, el cual establece lo siguiente:

**Artículo 110º.- Sanciones administrativas**

El Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

- a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
- b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.
- c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT.

Los criterios que deben tenerse en cuenta para graduar las sanciones antes señaladas se precisan en el Artículo 112º del mencionado código, a saber:

**Artículo 112º.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas**

Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
2. La probabilidad de detección de la infracción.
3. El daño resultante de la infracción.
4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.

En el referido Artículo 110º se han previsto sanciones no tasadas para cada una de las clases de infracciones administrativas establecidas. Para garantizar una aplicación proporcional de dichas sanciones, en el Artículo 112º

se han contemplado los criterios objetivos que la autoridad administrativa debe tener en cuenta al momento de imponer una sanción en un caso concreto.

### III. TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES AMBIENTALES

La infracción ambiental supone la existencia de una norma jurídica que consagre, expresamente, una obligación ambiental a cargo de una persona en particular, en relación con el aprovechamiento de los recursos naturales o con la conservación del ambiente.<sup>43</sup>

La regulación de dichas obligaciones ambientales resulta extensa y puede variar con facilidad debido a los cambios tecnológicos que suelen introducir más riesgos al ambiente o cambiar velozmente situaciones que se encontraban definidas al amparo de criterios superados. En este contexto, resulta complejo que el legislador pueda prever y describir todas y cada una de las conductas a través de las cuales los administrados pueden vulnerar las normas ambientales y, con ello, afectar el ambiente, la salud y la vida de las personas. Debido a la variabilidad y complejidad de dichas conductas, el legislador tiene una evidente dificultad para realizar un listado minucioso de cada uno de los supuestos técnicos o específicos que generan la imposición de la sanción<sup>44</sup>.

Por tal motivo, para tipificar las infracciones ambientales, generalmente se recurre a la colaboración reglamentaria. En las leyes se define genéricamente la infracción ambiental y se señalan las sanciones y sus cuantías máximas, remitiéndose al reglamento administrativo la enumeración detallada de las conductas sancionables y la graduación de las sanciones.

En ocasiones, cuando resulta factible, se realiza una tipificación directa de las conductas infractoras. No obstante, por lo general, atendiendo a la variabilidad y complejidad de dichas conductas se recurre a la tipificación indirecta. En cuanto al establecimiento de las sanciones, se emplea con mayor frecuencia la sanción no tasada, debido a las múltiples circunstancias en las que se puede cometer una infracción ambiental. Principalmente, debido a la magnitud del daño ambiental, el cual, usualmente, es tomado en cuenta al momento de imponer una sanción en un caso concreto.

---

43 Cf. ÁLVAREZ, Gloria, "Las Infracciones en materia ambiental". En AMAYA, Óscar y María del Pilar GARCÍA. *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 245.

44 Cf. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-703/10 6 de setiembre del 2010, fundamento jurídico 10.

Lo antes expuesto puede apreciarse en las infracciones ambientales aplicables a los siguientes sectores:

**a) Sector minería**

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 30011<sup>45</sup>, el Artículo 17° de la Ley N° 29325<sup>46</sup> concedía al Ministerio del Ambiente (en adelante, **MINAM**) la facultad de tipificar infracciones ambientales, bajo los siguientes parámetros:

**Artículo 17°.- Infracciones**

Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro del Ambiente y **en vía reglamentaria, se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley núm. 28611, Ley General del Ambiente**, y demás normas sobre la materia.

(Negrilla agregada)

En concordancia con lo anterior, el texto original del Artículo 19° de la Ley N° 29325 establecía lo siguiente:

**Artículo 19°.- Clasificación de infracciones y sanciones**

- 19.1 Las infracciones se clasifican como Leves, Graves y Muy Graves. Su determinación debe fundamentarse en la afectación a la salud, al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos, y otros criterios que puedan ser definidos por las autoridades del Sistema.
- 19.2 El Ministerio del Ambiente, a propuesta del OEFA, **aprobará la escala de sanciones donde se establecerá las sanciones aplicables para cada tipo de infracción**, tomando como base las sanciones establecidas en el artículo 136 de la Ley General del Ambiente.

(Negrilla agregada)

En aplicación de las normas antes mencionadas, mediante Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM se aprobó el “Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales”<sup>47</sup>. En este cuadro se contempló, entre otras, la siguiente infracción:

45 Ley que modifica la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 26 de abril del 2013.

46 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de marzo del 2010.

47 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de noviembre del 2012.

Infracción	Base normativa referencial	Sanción pecuniaria	Clasificación de la sanción
1.3 No adoptar medidas o acciones para evitar e impedir que, las emisiones, vertimientos, disposición de desechos, residuos y descargas al ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados, puedan tener efectos adversos en el medio ambiente.	Artículo 5º del Reglamento para la Protección en la actividad Minero Metalúrgica <sup>48</sup> Artículo 74º de la Ley General del Ambiente <sup>49</sup>	Hasta 10 000 UIT	Muy grave

Como puede observarse, para tipificar la conducta infractora y establecer la escala de sanciones se ha recurrido a la colaboración reglamentaria. A través de los Artículos 17º y 19º de la Ley N° 29325 se habilitó al Minam para tipificar vía reglamento y se establecieron los parámetros respectivos. Entre estos, se precisó que puede contemplarse como conducta infractora el incumplimiento de una obligación legal (supuesto general). Teniendo en cuenta este parámetro, el referido Ministerio estableció como un tipo infractor el incumplimiento de la obligación prevista en el Artículo 74º de la Ley General del Ambiente y el Artículo 5º del Reglamento para la Protección en la actividad minero metalúrgica (supuesto específico). Asimismo, contempló como sanción pecuniaria un rango que se encuentra dentro del tope legal establecido. Según se aprecia, en este caso, se ha realizado una tipificación directa de la conducta infractora y se ha atribuido una sanción no tasada.

48 **Reglamento para la Protección en la actividad Minero Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, publicado el 1 de mayo de 1993.-**

“Artículo 5º.- El titular de la actividad minero - metalúrgica, es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones. A este efecto es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos”.

49 **Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.-**

“Artículo 74º.- **De la responsabilidad general**

Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión”.

## b) Sector energía

Mediante Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos<sup>50</sup> y Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía<sup>51</sup> se concedió al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin la facultad de tipificar infracciones administrativas.

Las normas legales antes mencionadas fueron precisas al señalar los parámetros dentro de los cuales debía elaborarse dicha tipificación, estableciendo lo siguiente:

### **Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos**

#### **Artículo 3º.- Funciones**

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

- c) **Función Normativa: (...) Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.** Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.

(Negrilla agregada)

### **Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía**

#### **Artículo 1.- Facultad de Tipificación**

Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, **el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones,**

50 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio del 2000.

51 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de abril del 2002.

para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

(Negrilla agregada)

Teniendo en cuenta lo dispuesto en los citados artículos, el OSINERGMIN aprobó una de las principales normas que regulan la tipificación aplicable para el sector energía. Esta es la Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - Osinerg N° 028-2003-OS-CD<sup>52</sup>, en la cual se contemplan, entre otras, la siguiente infracción:

Tipificación de la infracción	Referencia legal	Sanción	Otras sanciones
3.1 Incumplimiento de las normas sobre emisión, venteo y/o quema de vapores y gases	Arts. 39° inciso f), 40° inciso b) y 77° del Reglamento aprobado por D.S. N° 051-93-EM. Arts. 138° y 140° del Reglamento aprobado por D.S. N° 027-94-EM. Arts. 84° del Reglamento aprobado por D.S. N° 019-97-EM. Arts. 86° inciso k) del Reglamento aprobado por D.S. N° 030-98-EM. Arts. 1° y 2° del D.S. N° 014-2001-EM. Arts. 189°, 241°, 244° y 245° del Reglamento aprobado por D.S. N° 032-2004-EM. Arts. 43° inciso b), 74° inciso a) y 78° del Reglamento aprobado por D.S. N° 015-2006-EM.	Hasta 8 000 UIT	Cierre de establecimiento, cierre de instalaciones, retiro de instalaciones y/o equipos, suspensión temporal de actividades y suspensión definitiva de actividades

Como puede advertirse, se ha empleado la colaboración reglamentaria para establecer las conductas infractoras y la escala de sanciones aplicable. Mediante las Leyes número 27699 y 27332 se habilita al Osinergmin a tipificar vía reglamento, precisándose los parámetros respectivos. Según se aprecia del ejemplo expuesto, este organismo regulador ha empleado la tipificación indirecta para establecer la conducta infractora. En este sentido, ha previsto como infracción el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la emisión, venteo, quema de vapores y gases, contempladas en otros preceptos normativos. Para garantizar la seguridad jurídica, ha precisado cada uno de los preceptos normativos que regulan dichas obligaciones (*v. gr.* Literal f) del Artículo 39° del Reglamento de Normas para la Refinación y Procesamiento de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 051-93-EM). Por otro lado, ha contemplado una sanción no tasada ante el incumplimiento de las obligaciones antes mencionadas.

52 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de marzo del 2003.

### c) Sector producción

La anterior Ley N° 27789 - Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Producción<sup>53</sup> reconoció al Ministerio de la Producción (en lo sucesivo, Produce) la facultad de tipificar infracciones, bajo los siguientes parámetros<sup>54</sup>:

#### **Artículo 5º.- Funciones**

Son funciones del Ministerio de la Producción:

(...)

- c) Normar el desarrollo de las actividades extractivas y productivas materia de su competencia, dentro del marco de promoción a la libre competencia; fiscalizando y supervisando el cumplimiento de la normatividad emitida; sancionando por el incumplimiento de obligaciones derivadas de las normas legales o técnicas, incluyendo las actividades productivas que se desarrollen en las zonas francas, zonas de tratamiento especial comercial y zonas especiales de desarrollo.

Esta función comprende, a su vez, la **facultad de tipificar reglamentariamente las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales y normas técnicas**, bajo su ámbito.

(Negrilla agregada)

Teniendo en cuenta dichos parámetros, el Produce mediante Decreto Supremo N° 019-2011-PRODUCE aprobó el Texto Único Ordenado del Reglamento de Inspecciones y Sanciones Pesqueras y Acuícolas – Rispac<sup>55</sup>. En esta tipificación se contempló, entre otras, la siguiente infracción:

53 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de julio del 2002.

54 Cabe indicar que la actual Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, aprobada por Decreto Legislativo N° 1047, publicado el 26 de junio de 2008, también reconoce al PRODUCE la facultad de tipificar infracciones administrativas, en los siguientes términos:

#### **“Artículo 7º.- OTRAS FUNCIONES ESPECÍFICAS**

En el marco de sus competencias el Ministerio cumple las siguientes funciones específicas:

- 7.1 Aprobar las disposiciones normativas que le correspondan, comprendiendo esta función, la facultad de tipificar reglamentariamente las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas legalmente.

(...)”

55 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 6 de diciembre del 2011.



Infracción	Sub Infracción	Sanción pecuniaria
68. Abandonar o arrojar en los cuerpos hídricos o fondos marinos, lacustres o fluviales, playas o riberas, elementos de infraestructura, materiales tóxicos, sustancias contaminantes u otros objetos que constituyan peligro para la navegación o la vida en el ecosistema acuático o causen otros perjuicios a las poblaciones costeras o ribereñas	68.1 Si los objetos o desechos provienen de un establecimiento industrial pesquero donde se elabore harina y aceite de pescado	Multa capacidad instalada x 1 UIT
	68.3 Tratándose de centros acuícolas	3 UIT
	68.4 Si los objetos o desechos provienen de un establecimiento industrial pesquero dedicado exclusivamente a la elaboración de productos para consumo humano directo	2 UIT

En este caso, también se ha recurrido a la colaboración reglamentaria para establecer las infracciones y la escala de sanciones. La Ley N° 27789 habilitó al Produce a tipificar teniendo en cuenta determinados parámetros. Entre estos, precisa que constituye una conducta infractora el incumplimiento de una obligación legal (supuesto general). Teniendo en cuenta ello, en el reglamento se prevé como tipo infractor el incumplimiento de la obligación prevista en el Artículo 76° de Decreto Ley N° 25977 - Ley General de Pesca, relativa a abandonar en las playas y riberas o arrojar al agua desperdicios, materiales tóxicos u otros elementos que constituyen peligro para el ambiente y la salud y vida humana (supuesto específico). Según se aprecia, en la norma reglamentaria se realiza una tipificación directa de la conducta infractora y se contempla una sanción tasada.

#### d) Residuos sólidos

La Ley N° 27314 - Ley General de Residuos Sólidos<sup>56</sup> autoriza a tipificar por la vía reglamentaria las infracciones relacionadas con la gestión de los residuos sólidos, en los siguientes términos:

##### **Artículo 48°.- Sanciones**

Sin perjuicio de las acciones constitucionales, civiles o penales a que hubiere lugar, **las infracciones y sanciones aplicables por contravención a la presente Ley y sus normas reglamentarias, serán tipificadas en dichas normas reglamentarias**, pudiendo aplicarse supletoriamente, las señaladas en el Artículo 136 de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente y lo dispuesto por el Decreto

<sup>56</sup> Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 21 de julio del 2000.

Legislativo N° 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.

Las autoridades competentes para la aplicación de sanciones en materia de residuos sólidos, **están facultadas para aprobar la tipificación de infracciones y la escala de sanciones correspondientes**, a fin de adecuarlas a las particularidades de las actividades bajo su competencia.

(Negrilla agregada)

En atención a lo establecido en la citada norma, mediante Decreto Supremo N° 057-2004-PCM<sup>57</sup> se aprobó el Reglamento de la Ley N° 27314 - Ley General de Residuos Sólidos, a través del cual se tipifican las infracciones relacionadas con el manejo de los residuos sólidos. Los Artículos 145° y 147° del citado reglamento contemplan la siguiente infracción administrativa:

**Artículo 145°.- Infracciones**

Las infracciones a las disposiciones de la Ley y el Reglamento, se clasifican en:

(...)

2. Infracciones graves.- en los siguientes casos:

(...)

c) Abandono, disposición o eliminación de los residuos en lugares no permitidos;

(...)

**Artículo 147°.- Sanciones**

Los infractores son pasibles de una o más de las siguientes sanciones administrativas:

(...)

2. Infracciones graves:

a. Suspensión parcial o total, por un período de hasta 60 días de las actividades o procedimientos operativos de las EPS-RS, EC-RS o generadores de residuos del ámbito de gestión no municipal; y,

b. Multa desde 21 a 50 UIT. En caso se trate de residuos peligrosos, la multa será de 51 hasta 100 UIT.

En este caso, se ha empleado nuevamente la colaboración reglamentaria. Mediante Ley N° 27314 se autoriza al Poder Ejecutivo a colaborar con la tipificación de infracciones y el establecimiento de la escala de sanciones, dentro de los parámetros previstos. Entre estos, se ha precisado que puede contemplarse como infracción el incumplimiento de una obligación prevista en un reglamento (supuesto general). Teniendo en cuenta ello, se ha

<sup>57</sup> Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de julio del 2004.

realizado una tipificación directa de la conducta infractora estableciéndose como tal la inobservancia de la prohibición prescrita en el Artículo 18º del Reglamento de Ley General de Residuos Sólidos, relativa a abandonar, disponer o eliminar residuos en lugares no permitidos<sup>58</sup> (supuesto específico). Por otro lado, se ha atribuido una sanción no tasada, contemplándose un rango de multas a imponer.

Por lo expuesto, las infracciones ambientales han sido tipificadas a través de reglamentos, observando los parámetros establecidos en la ley. Se ha recurrido a la colaboración reglamentaria porque resultaba necesario un grado de detalle y concreción que la ley a veces no puede aportar.

#### IV. TIPIFICACIÓN APROBADA POR EL OEFA

En la actualidad, el OEFA cuenta con la facultad de tipificar infracciones ambientales aplicables a los administrados que fiscaliza, esto es, aquellos que desempeñan actividades económicas en los siguientes sectores: gran y mediana minería, hidrocarburos, electricidad, pesquería (procesamiento pesquero industrial y acuicultura de mayor escala) e industria manufacturera (cerveza, papel, cemento y curtiembre)<sup>59</sup>.

Dicha facultad ha sido atribuida mediante la Ley N° 30011, la cual modificó los Artículos 11º, 17º y 19º de la Ley N° 29325, en los términos siguientes:

##### **Artículo 11º.- Funciones generales**

(...)

11.2 El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), ejerce las siguientes funciones:

a) Función normativa: (...) En ejercicio de la función normativa, el OEFA

---

58 **Reglamento de la Ley N° 27314 - Ley General de Residuos Sólidos, aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM.-**

**“Artículo 18.-** Prohibición para la disposición final en lugares no autorizados

Está prohibido el abandono, vertido o disposición de residuos en lugares no autorizados por la autoridad competente o aquellos establecidos por ley.

Los lugares de disposición final inapropiada de residuos sólidos, identificados como botaderos, deberán ser clausurados por la Municipalidad Provincial, en coordinación con la Autoridad de Salud de la jurisdicción y la municipalidad distrital respectiva.

(...)”

59 La tipificación general y transversal aprobada por el OEFA puede ser aplicada de forma supletoria por las otras Entidades de Fiscalización Ambiental, de conformidad con lo establecido en el Artículo 17º de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

es competente, entre otros, para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de graduación de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas.

(...)

**Artículo 17º.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora**

(...)

Mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. La tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las EFA.

**Artículo 19º.- Clasificación y criterios para la clasificación de sanciones**

(...)

19.2 El Consejo Directivo del OEFA aprueba la escala de sanciones donde se establecen las sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las establecidas en el artículo 136 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente.

La facultad de tipificación que viene ejerciendo el OEFA se sujeta a los estándares garantistas de los principios de legalidad, tipicidad, razonabilidad, proporcionalidad, gradualidad y no confiscatoriedad, conforme lo exige el ordenamiento constitucional y legal vigente. Para efectos del presente trabajo, nos centraremos en los dos primeros, los de legalidad y tipicidad.

**a) Parámetros legales para la tipificación de infracciones**

En los Artículos 17º y 19º de la Ley N° 29325 y el Artículo 136º de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente (modificados por la Ley N° 30011) se han previsto las instrucciones y los límites dentro de las cuales se ha de elaborar la tipificación de las infracciones ambientales.

En primer lugar, en el Artículo 17º de la Ley N° 29325, modificado por la Ley N° 30011, se han contemplado los **elementos esenciales de la conducta antijurídica**, estableciéndose lo siguiente:

**Artículo 17º.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora**

**Constituyen infracciones administrativas** bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) **las siguientes conductas:**

- a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la **normativa ambiental**.
  - b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los **instrumentos de gestión ambiental** señalados en la normativa ambiental vigente.
  - c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en **contratos de concesión**.
  - d) El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o **mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA**.
  - e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia.
- (...)

(Negrilla agregada)

De esta manera, el OEFA solo podrá tipificar como infracciones las acciones u omisiones subsumibles en los parámetros antes establecidos. Esto es, solo constituirá infracción administrativa el incumplimiento de las obligaciones previstas en la normativa ambiental, los instrumentos de gestión ambiental, los contratos de concesión o las medidas administrativas emitidas por el OEFA.

En segundo lugar, en el Artículo 136º de la Ley N° 28611, modificado por la Ley N° 30011, se prevé **la naturaleza y los límites máximos de las sanciones** que pueden contemplarse en la tipificación por la vía reglamentaria, a saber:

**Artículo 136º.- De las sanciones y medidas correctivas**

(...)

136.2 Son sanciones coercitivas:

- a. Amonestación.
- b. Multa no mayor de 30,000 Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha en que se cumpla el pago.

(...)

Como se puede apreciar de la norma citada, en la tipificación reglamentaria efectuada por el OEFA se puede contemplar como sanción la amonestación y la multa. En cuanto a la multa, el monto máximo que puede imponerse asciende a 30 000 Unidades Impositivas Tributarias, lo que actualmente equivale a 114 millones de nuevos soles (aproximadamente 40 millones de dólares americanos).

Para garantizar que la tipificación reglamentaria sea más razonable, en la Ley se han contemplado **criterios para establecer la escala de sanciones**.

En este sentido, el Artículo 19º de la Ley N° 29325, modificado por la Ley N° 30011, establece lo siguiente:

**Artículo 19º.- Clasificación y criterios para la clasificación de sanciones**

- 19.1 Las infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves. Su determinación debe fundamentarse en la **afectación a la salud y al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos y en otros criterios** que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente.
- 19.2 El Consejo Directivo del OEFA aprueba la escala de sanciones donde se establecen las sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las establecidas en el artículo 136 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente.

(Negrilla agregada)

Tal como refiere Maraví Sumar “la aprobación de la escala de multas, que finalmente es la graduación de las infracciones tipificadas, cuenta con respaldo legal y es acorde al principio de tipicidad”<sup>60</sup>. En efecto, la ley de remisión ha sido muy precisa al establecer la naturaleza y los límites de la sanción, así como los criterios para su graduación.

**b) Reglas generales sobre la potestad sancionadora**

El OEFA ha aprobado “Reglas Generales sobre el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA” (en adelante, las Reglas generales)<sup>61</sup> con la finalidad de ejercer adecuadamente su función de tipificación de las infracciones ambientales. Estas reglas establecen criterios vinculantes para la tipificación de infracciones y el establecimiento de sanciones, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de los principios de legalidad, tipicidad, razonabilidad, proporcionalidad, gradualidad y no confiscatoriedad y, al mismo tiempo, lograr una protección ambiental eficaz y oportuna.

De conformidad con lo establecido en la Tercera disposición de las Reglas generales, el OEFA, en ejercicio de su función de tipificación, puede aprobar los siguientes subtipos infractores:

60 MARAVÍ, Milagros. *Informe presentado ante el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental*, 2013, párrafo 3.14.

61 Aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD, publicada el 18 de setiembre del 2013.

- **Generales:** aquellos relacionados con la obstaculización de las funciones de fiscalización ambiental.
- **Transversales:** aquellos vinculados al incumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental o normas ambientales aplicables a diversas actividades económicas fiscalizadas.
- **Sectoriales:** aquellos relacionados con el incumplimiento de obligaciones ambientales comprendidas en la legislación ambiental sectorial aplicable, según el tipo de actividad económica.

En cuanto a las conductas infractoras, la Cuarta disposición de las Reglas generales señala expresamente que solo se tipifican como infracciones administrativas aquellas acciones u omisiones que expresen el incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables, incluyendo las vinculadas a la fiscalización ambiental. Mediante la tipificación de infracciones realizada por el OEFA no se podrá crear obligaciones ambientales nuevas para los administrados.

Con relación a la sanción, se ha optado por establecer sanciones no tasadas. Para cumplir con el principio de proporcionalidad, la Octava disposición de las Reglas generales señala que al momento de establecer la escala de sanciones se debe tener en cuenta, principalmente, los siguientes criterios:

- El riesgo ambiental de los parámetros involucrados
- El daño real a la vida o salud humana
- El daño real a la flora o fauna
- El porcentaje de superación de los límites máximos permisibles
- El desarrollo de actividades en áreas o zonas prohibidas declaradas como tales por la autoridad competente
- El no contar con los títulos habilitantes para el aprovechamiento de recursos naturales
- Otros criterios que apruebe el Consejo Directivo del OEFA

De este modo, se garantiza que la sanción establecida corresponda con la gravedad de la conducta infractora. Asimismo, se logra que la sanción sea lo suficientemente disuasiva a fin de evitar que el infractor obtenga un beneficio de su actuación ilícita, pero al mismo tiempo que no sea demasiado onerosa para él, evitando desincentivar la inversión privada. Con estos criterios, se asegura una mayor gradualidad en el establecimiento de la escala de sanciones.

Para garantizar que la aplicación de la sanción no resulte confiscatoria, se ha establecido en la Décima disposición de las Reglas generales que la sanción a imponer al infractor no podrá superar el 10% del ingreso bruto percibido por este el año anterior a la comisión de la infracción. De esta forma se evita que, a través del ejercicio de la potestad sancionadora, se ponga en riesgo la existencia de las pequeñas empresas. Asimismo, se logra que la imposición de las sanciones sea proporcional a la capacidad económica del infractor.

### c) Reciente tipificación aprobada por el OEFA

A la fecha, el OEFA ha emitido tres (3) tipificaciones, las cuales se encuentran vinculadas con la “eficacia de la fiscalización ambiental”<sup>62</sup>, el “incumplimiento de los límites máximos permisibles”<sup>63</sup> y los “instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas”<sup>64</sup>.

La primera tipificación es de carácter general y las dos últimas de carácter transversal. En dichas tipificaciones se han observado estrictamente los parámetros establecidos en las Leyes números 29325 y 28611, así como en las Reglas generales.

En este sentido, las tipificaciones aprobadas se limitan a contemplar como infracción el incumplimiento de las obligaciones previstas en las normas ambientales, los instrumentos de gestión ambiental, los mandatos dispuestos por la autoridad competente, entre otros. A través de la tipificación no se han creado nuevas obligaciones para el administrado.

Además, se ha realizado un esfuerzo por precisar taxativamente cada una de las conductas infractoras. En otras palabras, se ha realizado una tipificación directa de las infracciones, precisando con detalle los elementos que integran cada una de estas<sup>65</sup>. Por otro lado, se ha contemplado una sanción

62 Esta tipificación fue aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 042-2013-OEFA/CD, publicada el 16 de octubre del 2013.

63 Esta tipificación fue aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, publicada el 13 de noviembre del 2013.

64 Esta tipificación fue aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, publicada el 20 de diciembre del 2013.

65 Como menciona la doctrina jurídica, “resulta una técnica mucho más depurada por razones de seguridad jurídica establecer un catálogo exhaustivo de infracciones que no dispersas obligaciones legales a lo largo de los textos normativos”. Cf. GÓMEZ, Manuel e Íñigo SANZ. Óp. cit., p. 163.



no tasada para cada conducta infractora, teniendo en cuenta los criterios establecidos en las Reglas generales.

A modo de ejemplo, se puede tener en cuenta la tipificación de infracciones y escala de sanciones relacionada con los límites máximos permisibles. Dicha tipificación se ha elaborado teniendo en cuenta la obligación prevista en el Artículo 32º de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, el cual prescribe lo siguiente:

**Artículo 32º.- Del Límite Máximo Permisible**

32.1 **El Límite Máximo Permisible - LMP, es la medida de la concentración** o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, **que al ser excedida causa o puede causar daños** a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. **Su cumplimiento es exigible legalmente** por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.

(...)

(Negrilla agregada)

Teniendo en cuenta dicha obligación legal, la tipificación anterior aprobada por Osinergmin<sup>66</sup>, contemplaba cuatro (4) subtipos infractores aplicables al subsector hidrocarburos, los que se detallan a continuación:

Tipificación de la infracción	Sanción
3.7.1. Incumplimiento de los LMP en emisiones atmosféricas	Hasta 2 000 UIT
3.7.2. Incumplimiento de los LMP en efluentes	Hasta 10 000 UIT
3.7.3. Incumplimiento de los LMP para hidrocarburos en suelos y sedimentos	Hasta 6 500 UIT
3.7.4. Incumplimiento de los límites máximos permisibles en emisiones de ruido	Hasta 1 100 UIT

<sup>66</sup> Resolución de Consejo Directivo del Osinerg N° 028-2003-OS/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N° 358-2008-OS/CD.

En cambio, la tipificación aprobada por el OEFA<sup>67</sup> ha desarrollado dicha conducta infractora contemplando dieciséis (16) subtipos infractores. Los primeros doce (12) se han tipificado en función del daño potencial. Los cuatro (4) restantes, en función del daño real. Para determinar la gravedad de la conducta infractora, se ha tenido en cuenta el bien jurídico lesionado (*v. gr.* flora, fauna, vida o salud humana), el porcentaje de excedencia de los límites máximos permisibles y la naturaleza del parámetro involucrado (si involucra o no un mayor riesgo ambiental). A modo de ejemplo, se pueden apreciar las siguientes conductas infractoras:

Infracción		Calificación de la gravedad de la infracción	Sanción monetaria
1	Excederse hasta en 10% por encima de los límites máximos permisibles establecidos en la normativa aplicable, respecto de parámetros que no califican como de mayor riesgo ambiental.	Leve	De 3 a 300 UIT
2	Excederse hasta en 10% por encima de los límites máximos permisibles establecidos en la normativa aplicable, respecto de parámetros que califican como de mayor riesgo ambiental.	Grave	De 5 a 500 UIT
3	Excederse en más del 10% y hasta en 25% por encima de los límites máximos permisibles establecidos en la normativa aplicable, respecto de parámetros que no califican como de mayor riesgo ambiental.	Grave	De 10 a 1 000 UIT
4	Excederse en más del 10% y hasta en 25% por encima de los límites máximos permisibles establecidos en la normativa aplicable, respecto de parámetros que califican como de mayor riesgo ambiental.	GRAVE	De 15 a 1 500 UIT

Como se puede advertir, el OEFA se ha limitado a tipificar como infracciones las conductas que reúnan los criterios establecidos en la ley, y a graduar las sanciones aplicables teniendo en cuenta el tope legal, garantizando, de esta forma, la aplicación efectiva de los principios de legalidad y tipicidad. Más aún, con la finalidad de reforzar los principios de predictibilidad y gradualidad, se ha realizado una tipificación más detallada, en comparación con la tipificación anterior que fuera aprobada por Osinergmin. En la tipificación emitida por el OEFA se precisan todos los supuestos que configuran el tipo infractor y se establecen mayores criterios para graduar la escala de sanciones.

67 Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD.

## V. CONCLUSIONES

Debido a la variabilidad y complejidad de la materia ambiental, resulta difícil que el legislador pueda prever y describir todas y cada una de las conductas a través de las cuales los administrados pueden dañar el ambiente. Por tal motivo, para tipificar las infracciones ambientales se ha utilizado la técnica de la colaboración reglamentaria. Así, en las leyes se define genéricamente la infracción ambiental y se señalan las sanciones y sus cuantías máximas, remitiéndose al reglamento administrativo la especificación de las conductas sancionables y la correspondiente escala de sanciones.

Las tipificaciones ambientales emitidas hasta la fecha se han limitado a contemplar como infracción el incumplimiento de las obligaciones previstas en las normas ambientales, los instrumentos de gestión ambiental, los mandatos dispuestos por la autoridad competente, entre otros. A través de la tipificación mediante la técnica de la colaboración reglamentaria no se han creado nuevas obligaciones para el administrado. Asimismo, se ha recurrido tanto a la técnica de la tipificación directa como la indirecta. Y en cuanto al establecimiento de sanciones, se ha empleado, por lo general, la técnica de establecer sanciones no tasadas.

La tipificación de infracciones en materia ambiental aprobada por el OEFA se ha realizado cumpliendo los parámetros garantistas establecidos en el ordenamiento constitucional y legal vigente, como es el caso de la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA, Oscar y María del Pilar GARCÍA  
2010 *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BREWER-CARÍAS, Allan  
2005 *Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Universidad Central de Venezuela.
- ESTEVE, José  
2011 *Lecciones de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ  
2006 *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Palestra Editores.

GÓMEZ, Manuel e Íñigo SANZ

2010 *Derecho administrativo sancionador: Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Segunda edición. Lima: Editorial Aranzadi S.A.

LOZANO, Blanca

2010 *Derecho ambiental administrativo*. Decima primera edición. Madrid: La Ley.

MARAVÍ, Milagros

2013 Informe presentado ante el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. *Documento de trabajo*. Lima.

MÓRON, Juan Carlos

2011 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica.

NIETO, Alejandro

2012 *Derecho administrativo sancionador*. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos.

## INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS Y POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA AMBIENTAL

CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ

### SUMARIO

*En el presente artículo, el autor analiza una serie de temas relativos a la función fiscalizadora y sancionadora del OEFA. En ese sentido, explica la potestad sancionadora de la Administración Pública en materia ambiental. Asimismo, aborda los principios de razonabilidad, tipicidad y predictibilidad a fin de explicar el ejercicio de la potestad reglamentaria.*

I. Introducción. II. Regulación de la potestad sancionadora. III. El principio de razonabilidad: Las circunstancias que afectan la determinación de la sanción administrativa. IV. El principio de tipicidad. V. El principio de predictibilidad. VI. El ejercicio de la potestad reglamentaria. VII. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

En virtud de la potestad sancionadora, la Administración Pública se encuentra facultada para sancionar a los administrados por la comisión de infracciones establecidas por el ordenamiento jurídico. En este caso, dicha potestad le corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), conforme a lo señalado por la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>1</sup>, y al amparo de lo dispuesto por la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente<sup>2</sup>.

1 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo del 2009.

2 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre del 2005.

Y es que no todo acto contrario a las normas debe ser sancionado penalmente, dado el carácter subsidiario de dicha rama del derecho, que opera siempre como *última ratio*, vale decir cuando no son efectivos otros mecanismos jurídicos de control social<sup>3</sup>. En consecuencia, el ordenamiento debe establecer la posibilidad de la aplicación de sanciones administrativas que funcionen también como mecanismos de control social, pero de una manera que es relativamente más benigna. Las sanciones administrativas no incluyen, por ejemplo, la posibilidad de establecer privación de la libertad de los administrados, facultad que sí se encuentra presente en las sanciones penales.

## II. REGULACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA

La regulación de la potestad sancionadora y, por ende, del procedimiento sancionador, resultaba ser una novedad en el ordenamiento peruano, caracterizado por la inexistencia, hasta la emisión de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>4</sup>, de una norma o conjunto de normas que regularan los principios y regulaciones aplicables al procedimiento sancionador en una órbita genérica<sup>5</sup>.

Seguidamente, el Decreto Legislativo N° 1029<sup>6</sup> modificó sustancialmente diversos aspectos del procedimiento administrativo sancionador. En primer lugar, modificó el Artículo 229º de la Ley N° 27444, estableciendo que las disposiciones de la misma en materia de procedimiento administrativo sancionador se aplican supletoriamente a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las mismas que deberán observar los principios de la potestad sancionadora establecidos en la ley, así como la estructura y las garantías previstas para el referido procedimiento.

Dicho decreto legislativo establece, en consecuencia, que dichos procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las que se establecen en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Esto es una novedad de esta norma y permite otorgarle una mayor predictibilidad a los procedimientos sancionadores especiales.

---

3 CASTILLO, José Luis. *Principios de derecho penal. Parte general*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 226. Véase también HURTADO, José. *Manual de derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2005, p. 46.

4 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 11 de abril del 2001.

5 DANÓS, Jorge. "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública". *Ius Et Veritas*, año V, N° 10, p. 151, Lima.

6 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de junio del 2008.

En ese sentido, los procedimientos administrativos sancionadores establecidos en leyes especiales deben guardar coherencia con lo preceptuado por la Ley N° 27444 a fin no solo de que exista uniformidad en el tratamiento de los referidos procedimientos, sino, además, de que el procedimiento sancionador revista las garantías necesarias para que su resultado sea justo, considerando que el mismo constituye actos de gravamen respecto al administrado.

Como veremos más adelante, las normas legales regulan el procedimiento administrativo sancionador en materia ambiental, de tal suerte que aseguran que dichos principios se cumplan debidamente, en particular los de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y predictibilidad, que son aquellos que han motivado las observaciones que este trabajo tiene por finalidad analizar.

## 2.1. Las prerrogativas sancionadoras como potestad

Entendemos como potestad aquella situación de poder atribuida por el ordenamiento jurídico previo –en particular, por la ley–, que habilita a su titular para imponer conductas a terceros<sup>7</sup>, con la posibilidad de que el sujeto pasivo deba soportar las consecuencias de dicho poder, que podrían no ser ventajosas<sup>8</sup>, y que incluso no podrían evitarse, salvo que las mismas se estén ejerciendo de manera ilegal.

Dicho sujeto pasivo posee entonces una relación de sujeción con la entidad en cuestión. En el caso específico de la potestad sancionadora, las consecuencias del poder son eminentemente gravosas y la relación de sujeción se aplica de manera uniforme a todos los administrados en un ámbito específico, lo que determina la graduación de la sanción conforme a los criterios que veremos más adelante.

A diferencia de ciertos casos en el derecho comparado, como el español<sup>9</sup>, la Constitución Política del Perú no establece la existencia de facultades sancionadoras a favor de la Administración, cosa que la norma constitucional sí hace con la facultad punitiva propia del derecho penal. Ello no obsta para afirmar la existencia de las prerrogativas antes mencionadas, toda vez que estas pro-

7 SANTAMARÍA, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 394.

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. Madrid: Civitas, 2000, p. 31.

9 Ídem, p. 161. Véase también GONZÁLEZ, Jesús. *Manual de procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas, 2000, p. 455.

vienen de la autotutela administrativa<sup>10</sup>, la cual hoy en día no se discute, por lo menos en nuestra tradición administrativa<sup>11</sup>.

Ahora bien, una vez que hemos justificado la existencia de facultades sancionadoras en favor de la Administración, resulta evidente la necesidad de que dichas facultades se encuentren claramente reguladas, a fin de que se reduzcan al mínimo las posibilidades de un ejercicio discrecional por parte de la Administración, en clara defensa de los derechos del administrado. Esta finalidad también le corresponde a la Administración, conforme al Artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>12</sup>.

Por otro lado, el procedimiento administrativo sancionador, en sí mismo, opera premunido de un conjunto de garantías aplicables al administrado, las mismas que permiten que el procedimiento sea tramitado de manera adecuada, tutelándose adecuadamente los derechos fundamentales del particular, asegurando que la calificación de la infracción y la determinación de la posterior sanción sean ambas realizadas sobre una base real y objetiva.

## 2.2. La potestad sancionadora en la norma ambiental

La potestad sancionadora se encuentra claramente definida en la normativa ambiental, de tal suerte que cumple con los principios que regulan dicha potestad consagrados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en especial, el principio de legalidad<sup>13</sup>, principio que, como veremos más adelante, no debe confundirse con el de tipicidad.

---

10 DANÓS, Jorge. Óp. cit., p. 150.

11 No obstante ello, la autotutela administrativa resulta sumamente discutible en el ámbito del derecho administrativo anglosajón. Sobre el particular: VÉLEZ, Jorge. *Los dos sistemas de derecho administrativo*. Santa Fe de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996, p. 323.

12 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General  
Título Preliminar  
(...)

Artículo III.- Finalidad.

*La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.*

13 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 23°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:



Así, el Artículo 136º de la Ley General del Ambiente dispone que las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones contenidas en la citada ley y en las disposiciones complementarias y reglamentarias sobre la materia, se harán acreedoras, según la gravedad de la infracción, a sanciones o medidas correctivas. A las mismas haremos referencia en el presente trabajo posteriormente.

A ello debemos agregar que el Artículo 142º de la citada norma dispone que aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

Se señala, además, que se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no una disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales, teniendo en cuenta que la tutela del medio ambiente constituye un derecho fundamental. Esta definición de daño ambiental resulta medular para más adelante relacionar este concepto con el principio de tipicidad.

Ahora bien, el Artículo 11º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece, como una de las atribuciones del OEFA, la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA. Es a través de esta disposición que se satisface el principio de legalidad sancionadora, que implica, como ya lo hemos señalado, que es la norma con rango de ley la que establece la potestad sancionadora<sup>14</sup>.

Ligada con la función señalada en el párrafo precedente, se encuentra la función normativa, que comprende la facultad de dictar –en el ámbito y en ma-

---

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

(...)

14 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Óp. cit. p. 173.

teria de sus respectivas competencias– los reglamentos y normas que regulen los procedimientos a su cargo, y otras de carácter general referidas a intereses, obligaciones o derechos de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que fiscaliza. Esta disposición otorga al OEFA potestad reglamentaria, la cual emplea, entre otras materias, para emitir las normas que regulan la graduación de las sanciones, como veremos seguidamente.

### **2.2.1. Las conductas que constituyen infracción**

El Artículo 17º de la Ley N° 29325, modificado por la Ley N° 30011, establece las infracciones administrativas que se encuentran bajo el ámbito de competencias del OEFA. Ello incluye el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental, así como el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente<sup>15</sup>. Como resultado, el OEFA ejerce la potestad sancionadora respecto de las obligaciones ambientales establecidas en los planes, programas y demás instrumentos de gestión ambiental que corresponda aprobar al Ministerio del Ambiente (Minam).

Por otro lado, constituye una infracción el incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión. Además, es materia de procedimiento administrativo sancionador el incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA. Finalmente, se señala que constituyen infracción otras conductas que correspondan al ámbito de su competencia, señaladas en normas especiales, por ejemplo.

### **2.2.2. Fiscalización ambiental**

El referido Artículo 17º señala, además, que el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables es obligatorio para todas las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que son de competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos, autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio

---

15 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente:  
Artículo 16º.- De los instrumentos

16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país.

de las mismas. Esta disposición es aplicable a todas las entidades de fiscalización ambiental (EFA), respecto de sus competencias, según corresponda.

Asimismo, se señala que cuando el OEFA obtenga indicios razonables y verificables del incumplimiento de las condiciones para que una actividad se encuentre en el ámbito de competencias de los gobiernos regionales, y por tanto su condición actual debiera corresponder al ámbito de competencias del OEFA, este se encuentra facultado para desarrollar las acciones de fiscalización ambiental a que hubiere lugar.

Las acciones que ejerza el OEFA, conforme a lo señalado en el presente artículo, se realizan sin perjuicio de las competencias que corresponden a los gobiernos regionales y demás EFA, así como al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) y a otras entidades sectoriales, conforme a sus competencias.

Finalmente, la norma preceptúa que, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro del Ambiente a propuesta del OEFA, se establecen disposiciones y criterios para la fiscalización ambiental de las actividades mencionadas en los párrafos anteriores.

### **2.3. La responsabilidad objetiva**

El Artículo 18º de la Ley N° 29325 dispone que los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA, dejando claro que la responsabilidad administrativa ambiental es objetiva, como lo es en general la responsabilidad administrativa. Lo antes indicado es fundamental a fin de asegurar la responsabilidad administrativa ambiental de las personas jurídicas, lo cual no sería posible de tenerles que adjudicar dolo o culpa.

### **III. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD<sup>16</sup>: LAS CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA**

La redacción original de la norma preceptuaba que las autoridades deben prevenir que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.

---

16 Artículo 230º, Inciso 3) de la Ley N° 27444.

En este orden de ideas, el principio de razonabilidad, en gran medida, podría considerarse incluido en la acepción material o sustantiva del debido proceso<sup>17</sup>. Ahora bien, este último consiste en las garantías que son necesarias para que un proceso o procedimiento pueda ser considerado justo, teniendo dos ámbitos, uno adjetivo o procesal, y uno sustantivo o material. El primero, referido a la tramitación del procedimiento; y el segundo, dirigido al ámbito de la decisión, que implica la razonabilidad, la proporcionalidad y la interdicción de la arbitrariedad.

Para la primera parte de la definición de razonabilidad contenida en la Ley N° 27444, la doctrina y la jurisprudencia administrativa han establecido diversos mecanismos para efectuar el cálculo en términos de análisis costo beneficio, lo cual ha dado lugar a diversas fórmulas –expresadas matemáticamente– que se han estado empleando en las entidades públicas, y en especial en el OEFA, por parte de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

La comparación que puede considerarse más difundida es la que relaciona lo que el administrado ha obtenido al cometer la infracción –que podría considerarse como beneficio ilícito– con la posibilidad de que la infracción pueda ser detectada por la autoridad administrativa, a lo cual hay que agregarle los factores agravantes y atenuantes que se analizarán más adelante. Esta metodología es fundamental para demostrar que no existe vulneración alguna al principio de razonabilidad y que existen parámetros para que la sanción sea graduada de manera adecuada y eficiente.

### 3.1. Razonabilidad y proporcionalidad

El Decreto Legislativo N° 1029 modificó el Artículo 230° de la Ley N° 27444, y estableció que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse un conjunto de criterios para efectos de su graduación, como son la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido y la existencia o no de intencionalidad por parte del agente de la infracción.

Lo que ocurre, en primer lugar, es que la Ley del Procedimiento Administrativo General no consignaba, expresamente, dentro del principio de razonabilidad, al principio de proporcionalidad, que implica que la sanción que se impute a una infracción dada implique congruencia entre la infracción cometida,

---

17 HUAPAYA, Ramón. "¿Cuáles son los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General?". *Actualidad Jurídica*, tomo 141, 2005, p. 188, Lima.

los fines a obtener con la sanción y el efecto de la misma<sup>18</sup>. No obstante que dicho principio era considerado incluido en la norma por parte de la doctrina, se consideró necesario incorporarlo en esta modificación.

En mérito a la proporcionalidad, se requiere que el medio empleado para la obtención de dichos fines se encuentre acorde con el mismo, de forma tal que, ante varias posibilidades de limitación, la Administración Pública escoja aquella que sea menos gravosa respecto del derecho fundamental a limitar, por lo que es necesario, finalmente, que el grado de afectación al derecho se encuentre acorde con el nivel de obtención de la finalidad perseguida con la limitación, concepción que es enteramente consistente con el sustento racional del principio de preferencia por los derechos fundamentales, puesto que permite que el juzgador –que es el que define cuando nos encontramos ante una limitación válida– realice un análisis en términos de costo-beneficio para verificar la referida proporcionalidad.

En tal sentido, la jurisprudencia ha establecido con claridad<sup>19</sup>, y de manera reiterada<sup>20</sup>, la necesidad de cumplir con las tres dimensiones de la propor-

18 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Óp. cit., tomo II, p. 177.

19 Expediente N° 2235-2004-AA/TC, Sentencia de fecha 18 de febrero del 2005:

(...)

Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél.

A su vez, en el Fund. Jur. N° 109 de la STC N° 0050-2004-AI/TC, este Tribunal afirmó que el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental.

(...)

Asimismo, en la misma STC N° 0050-2004-AI/TC, este Tribunal destacó que “(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental” (Fund. Jur. N° 109).

(...)

20 En especial, la Sentencia N° 2192-2004-AA/TC.

cionalidad, que se refieren al juicio o principio de idoneidad o adecuación, el principio de necesidad, así como el principio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>21</sup>. El primero de ellos implica que la sanción aplicada sea adecuada a la finalidad perseguida con la sanción, vale decir que efectivamente el resultado de la misma constituya la satisfacción de dicha finalidad.

Asimismo, el criterio de necesidad refiere –como ya lo hemos indicado líneas arriba– a que la sanción sea la menos gravosa posible ante la equivalencia en la obtención del resultado conforme al fin perseguido con la sanción. Finalmente, el criterio de ponderación implica comparar la afectación de los intereses del administrado a través de la sanción impuesta con la intensidad de la satisfacción del fin perseguido, a fin de determinar si dicha afectación se encuentra debidamente justificada.

Y es que, conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo General, el principio de razonabilidad implica también que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando crean obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados –es decir, respecto a los denominados actos de gravamen–, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido<sup>22</sup>.

### **3.2. La graduación de la sanción**

Como lo hemos señalado, el Decreto Legislativo N° 1029 ha incorporado no solo criterios adicionales para la graduación de la sanción, sino, además, la existencia de prelación entre ellos. Un primer elemento es la gravedad del daño al interés general y/o bien jurídico protegido. La importancia del mismo radica precisamente en el hecho de que la determinación de una infracción y la sanción que le corresponde se dirige a la protección de un bien jurídico protegido, en el cual se incluye el interés general.

Un segundo elemento a tomar en cuenta es el perjuicio económico causado. La primera cuestión a dilucidar es a quién debe afectar dicho perjuicio, si a la propia administración o a los administrados que puedan verse afectados por la infracción. La segunda es si, en efecto, dicho criterio puede considerarse como justificante de la determinación de una sanción, incluso por encima de

---

21 MORÓN, Juan Carlos. “El exceso de punición administrativa”. *Actualidad Jurídica*, Tomo 144, 2005, p. 158, Lima.

22 Artículo IV, Inciso 1), Literal 1.4 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

una situación, aparentemente, tan relevante como la repetición o continuidad de las infracciones cometidas por el administrado.

Un tercer criterio es la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, que en buena cuenta son situaciones distintas. La repetición implica la realización de la misma infracción varias veces. La continuidad, en cambio, se encuentra referida a la comisión de una sola infracción durante un periodo de tiempo determinado, sin que exista solución de continuidad entre un extremo y otro de dicho periodo. Ambas situaciones tienden a incrementar la cuantía de la sanción porque muestran un mayor daño al bien jurídico tutelado por la sanción administrativa.

Las circunstancias de la comisión de la infracción ya se encontraban presentes como criterio en la redacción previa de la norma. Sin embargo, nunca estuvo claro su ámbito de aplicación, siendo un elemento más bien que permitía una importante discrecionalidad en la graduación de la sanción. En dicho orden de ideas, hubiera sido mejor eliminar dicho criterio, a fin de reducir al mínimo el riesgo de decisiones arbitrarias.

Asimismo, el beneficio ilegalmente obtenido es una novedad de la norma materia de análisis y se enfoca en la intensidad de la ventaja conseguida por el administrado al cometer la infracción. De hecho, este concepto constituye un supuesto de determinación de la sanción, más que un factor agravante de la misma.

Finalmente, la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, que aparecía en primer lugar en la redacción anterior de la norma, ahora figura en último lugar en la prelación, pese a que constituye un tema medular en la asignación de responsabilidad punitiva. Es más, la ausencia de intencionalidad debería ser más bien un supuesto de atenuación de responsabilidad –a la que aludiremos más adelante– antes que simplemente un criterio de graduación de la sanción.

Sin embargo, esta consideración inicial se enfrenta con una situación específica, que es la relacionada con la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, respecto de las cuales deberá asumirse que su voluntad es la que proviene de sus órganos sociales, al margen de la responsabilidad que pueda imputarse a los integrantes de los mismos<sup>23</sup>.

---

23 Para una opinión distinta: GONZÁLES, Jesús. *Temas de Derecho Procesal. Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. México: UNAM, 1996, p. 754.



En todo caso, el rol secundario que juega la intencionalidad del infractor en la determinación de la sanción nos muestra la opción del legislador por un modelo más bien objetivo de responsabilidad administrativa de los particulares, en el cual poco importa el dolo o la culpa como factores de atribución de responsabilidad. Como lo hemos señalado, esto queda meridianamente claro en la redacción de la normativa ambiental, en la que se señala que la responsabilidad es objetiva.

### 3.3. Supuestos atenuantes de responsabilidad

La Ley del Procedimiento Administrativo General contiene supuestos que atenúan la responsabilidad administrativa, incorporados por el Decreto Legislativo N° 1029. En tal sentido, la norma incorporó el Artículo 236-A al articulado de la Ley, lo que estableció causales atenuantes de la responsabilidad de los administrados y, en consecuencia, de la sanción que resulta susceptible de aplicar, más allá de los supuestos de graduación de la sanción antes señalados.

Una primera causal se enfoca en la subsanación del defecto u omisión de manera espontánea, antes del inicio del procedimiento, que incentiva a la corrección del bien jurídico afectado, como ocurre en determinados ordenamientos, como por ejemplo el tributario, en el cual se establecen reducciones a las sanciones por determinados supuestos establecidos en el Decreto Legislativo N° 816 - Código Tributario<sup>24</sup>. Una vez iniciado el procedimiento administrativo, la imputación debe mantenerse, puesto que el administrado ya tendría conocimiento de los cargos que se le imputan y no existiría mérito alguno en la subsanación voluntaria de la infracción.

---

24 Decreto Legislativo N° 816 - Código Tributario

Artículo 179.- Régimen de incentivos.

*La sanción de multa aplicable por las infracciones establecidas en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 178, se sujetará, al siguiente régimen de incentivos, siempre que el contribuyente cumpla con cancelar la misma con la rebaja correspondiente:*

- a) *Será rebajada en un noventa por ciento (90%) siempre que el deudor tributario cumpla con declarar la deuda tributaria omitida con anterioridad a cualquier notificación o requerimiento de la Administración relativa al tributo o período a regularizar.*
- b) *Si la declaración se realiza con posterioridad a la notificación de un requerimiento de la Administración, pero antes del cumplimiento del plazo otorgado por ésta según lo dispuesto en el artículo 75 o en su defecto, de no haberse otorgado dicho plazo, antes de que surta efectos la notificación de la Orden de Pago o Resolución de Determinación, según corresponda, o la Resolución de Multa, la sanción se reducirá en un setenta por ciento (70%).*

(...)



En segundo lugar, se incorpora el error inducido por la existencia de una disposición administrativa confusa o ilegal. En este caso, se discute si es que no debería existir responsabilidad alguna, puesto que el incumplimiento de la norma se encontraría justificado, sea porque la norma no resulta comprensible, o porque la norma se encuentra en contraposición con el resto del ordenamiento.

En el primer caso, nos encontraríamos ante lo que el derecho penal denomina error de prohibición, puesto que la falta de comprensión de la norma impide su cumplimiento, situación que en principio debería eximir de responsabilidad. En el segundo caso, es necesario señalar que, en principio, la ilegalidad de una norma no exime su cumplimiento; sin embargo, el administrado puede obtener la inaplicación de la misma, sea en sede administrativa, o en sede jurisdiccional.

### **3.4. La aplicación del principio en la norma materia de análisis**

En el caso del Artículo 17º de la Ley N° 29325 materia de comentario, la norma señala cuáles son las sanciones aplicables para cada infracción y estas se gradúan conforme lo dispuesto no solo en la Ley del Procedimiento Administrativo General, sino, también, según lo dispuesto por los reglamentos que el OEFA emite. De hecho, actualmente, el OEFA se encuentra emitiendo normas reglamentarias destinadas a hacer efectiva dicha graduación de tal manera que sea posible determinar ello con exactitud.

Así, la norma establece que, mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA, se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. Se señala, además, que la tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las EFA.

### **3.5. Sanciones excesivas**

En este orden de ideas debemos tener en cuenta que las sanciones que establece el OEFA se encuentran dentro del parámetro de la Ley General del Ambiente y que, como lo hemos señalado, se gradúan conforme lo señalado por las normas aplicables. De hecho, conforme el Numeral 136.2 del Artículo 136º de la Ley General del Ambiente, la multa puede tener una cuantía de hasta 30 000 UIT vigentes a la fecha en que se produce el pago. Por ello, no existe un supuesto de exceso de punición como erróneamente se ha señalado.

Es preciso recordar que las sanciones administrativas se dirigen a desincentivar conductas que afectan bienes jurídicos, razón por la cual la sanción debe

ser lo suficientemente elevada como para generar dicho efecto. Es por ello que el OEFA realiza un cálculo muy preciso de los componentes de la multa a ser impuesta, situación en la cual no existiría vulneración alguna al principio de proporcionalidad.

Se dice por otro lado que dichas supuestas multas excesivas pueden resultar confiscatorias. Sobre el particular es necesario recordar que la cuantía de la multa se encuentra determinada, como factor agravante, entre otros, por la gravedad de la infracción cometida. En este orden de ideas, la sanción no tiene por qué tomar en cuenta el patrimonio de la persona jurídica afectada, sino que se calcula sobre la base de los criterios que el OEFA emplea para graduar aquella. Un buen ejemplo de lo antes indicado son las sanciones que la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) impone ante la vulneración a la Ley N° 28094 - Ley de Partidos Políticos<sup>25</sup>. La multa puede ser hasta 30 veces el monto de lo que no ha sido declarado en la información económico financiera.

Como resultado, la imposición de la multa, por parte de la ONPE, no depende de manera alguna del patrimonio del partido. De la misma manera, el monto de la multa resultante de una infracción administrativa en materia minera no puede estar definido o limitado por el capital o las utilidades de la empresa, sino por los criterios establecidos taxativamente en las normas legales, como ya se ha señalado.

---

25 Ley N° 28094 - Ley de Partidos Políticos

Artículo 36º.- De las sanciones

*El Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), previo informe de la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios:*

- a. Sancionará con la pérdida de los derechos a los que se refieren el artículo 29º, cuando el partido político no cumpla con presentar la contabilidad detallada de los ingresos y gastos anuales en el plazo que prevé el artículo 34º. A los movimientos de alcance regional o departamental y las organizaciones políticas de alcance provincial o distrital se les aplica las sanciones que correspondan.
- b. Aplica una multa cuando se acredite que el partido político haya recibido ingresos de fuente prohibida, o que la información de la contabilidad de ingresos y gastos anual, haya sido omitida o adulterada intencionalmente. La multa deberá ser equivalente a no menos de diez ni más de cincuenta veces el monto de la contribución recibida, omitida o adulterada.
- c. Aplica una multa cuando se acredite la existencia de contribuciones individuales o aportaciones anónimas superiores a los topes establecidos en el artículo 30. En estos casos la multa no podrá ser menor de diez ni mayor de treinta veces el monto de la contribución recibida.

Las resoluciones de sanción pueden ser impugnadas ante el Jurado Nacional de Elecciones, en el plazo de cinco días hábiles desde el día siguiente de su notificación. Contra lo resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones no procede recurso alguno.

#### IV. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD<sup>26</sup>

Por el principio de tipicidad, de particular importancia para el procedimiento administrativo sancionador, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones que se encuentran previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

En tal sentido, este principio se asemeja a su equivalente a nivel del derecho penal, puesto que fija que solo la ley puede establecer las infracciones y las sanciones respectivas, sea cual fuese el ámbito jurídico en el cual las mismas se apliquen. Ello es lo que genera que este principio se confunda con el de legalidad sancionadora, el cual establece que la potestad homónima proviene de la ley, lo que constituye un principio distinto. Esta confusión se genera incluso en el Tribunal Constitucional y está presente en el argumento de quienes discuten la pertinencia de la norma materia de análisis

El principio de tipicidad proviene, entonces, de una doble necesidad. En primer lugar, de tutelar los principios generales de libertad, establecidos formalmente en la Constitución Política del Perú y que tienen directa relación con el establecimiento del Estado de Derecho, puesto que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe.

En segundo lugar, el citado principio tiene un correlato evidente en la seguridad jurídica, puesto que permite que los administrados tengan un conocimiento certero de las consecuencias de los actos que realicen<sup>27</sup>. Es por ello que la norma debe ser previa a la comisión de la infracción y debe encontrarse claramente redactada.

Ahora bien, la Ley N° 27444 señala que las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas normas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente.

Además, la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que la ley puede establecer la posibilidad de tipificar conductas por vía reglamentaria. Para algunos, ello implicaría una excesiva flexibilización del principio al cual estamos haciendo referencia, que podría resultar perjudicial para los administrados, por lo cual debe establecerse los parámetros debidamente.

<sup>26</sup> Artículo 230º, Inciso 4) de la Ley N° 27444.

<sup>27</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Óp. cit., p. 174.

Precisamente, un ejemplo de ello se encuentra en el ámbito de la normativa ambiental puesto que, como ya hemos señalado, el Artículo 17º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental preceptúa que es el Consejo Directivo del OEFA el que tipifica las conductas y aprueba la escala de sanciones aplicables, en un claro caso de colaboración reglamentaria, pero dentro de los parámetros del referido Artículo 17º.

Es preciso indicar que ello constituye una reforma a la redacción previa de la norma, que establecía que, mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro del Ambiente y en vía reglamentaria, se tipificaban las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia. Ello proviene a su vez de una reforma a la redacción original de la norma, en la cual se señalaba más bien que las conductas sancionables eran las señaladas en la Ley General del Ambiente y demás leyes sobre la materia.

Asimismo, el Artículo 19º de la Ley N° 29325 establece que las infracciones se clasifican como leves, graves y muy graves. Su determinación debe fundamentarse en la afectación a la salud, al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos, y otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente. Se establece nuevamente que el Consejo Directivo del OEFA aprueba la escala de sanciones en la que se determinan las sanciones aplicables para cada tipo de infracción y toma como base las establecidas en el Artículo 136º de la Ley General del Ambiente<sup>28</sup>; teniendo en

---

28 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

Artículo 136º.- De las sanciones y medidas correctivas

136.1 Las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones contenidas en la presente Ley y en las disposiciones complementarias y reglamentarias sobre la materia, se harán acreedoras, según la gravedad de la infracción, a sanciones o medidas correctivas.

136.2 Son sanciones coercitivas:

- a. Amonestación.
- b. Multa no mayor de 30,000 Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha en que se cumpla el pago.
- c. Decomiso, temporal o definitivo, de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.
- d. Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.
- e. Suspensión o cancelación del permiso, licencia, concesión o cualquier otra autorización, según sea el caso.
- f. Clausura parcial o total, temporal o definitiva, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la infracción.

136.3 La imposición o pago de la multa no exime del cumplimiento de la obligación. De persistir el incumplimiento éste se sanciona con una multa proporcional a la impuesta en cada caso, de hasta 100 UIT por cada mes en que se persista en el incumplimiento transcurrido el plazo otorgado por la autoridad competente.

(...)

consideración que la Ley N° 30011, entre otras reformas, ha ampliado el tope de la multa, pasando el mismo de las 10 000 a las 30 000 UIT.

En este ámbito, también encontramos una amplia gama de infracciones y la necesidad de proteger derechos fundamentales, pero, de la misma manera, es preciso analizar con cuidado si se justifica otorgar amplias atribuciones a la autoridad administrativa a fin de que la misma pueda determinar por vía reglamentaria las infracciones en materia ambiental. Sin embargo, es preciso señalar que en este caso si bien la entidad que sanciona a su vez tipifica, ello se somete a parámetros para que exista una menor discrecionalidad en dicha tipificación.

En este orden de ideas, es preciso señalar que la tipificación inicial proviene de la Ley General del Ambiente, en particular de los artículos 135° y 142° de dicha norma<sup>29</sup>, la misma que es más bien desarrollada por las normas reglamentarias emitidas por el OEFA; lo cual no violenta el principio de razonabilidad no solo por el hecho de ser consistente con la Ley N° 27444 y sus principios, sino al eliminar la discrecionalidad administrativa a favor del administrado. Todo ello constituye una garantía suficiente para asegurar que el comportamiento del OEFA no va a devenir en arbitrario.

Asimismo, no debe confundirse la tipicidad con la razonabilidad, en tanto la primera hace referencia a la determinación de la responsabilidad respecto a la acción tipificada en la norma legal; mientras que la segunda, como ya lo hemos señalado de manera exhaustiva, se dirige a la graduación de la sanción conforme a los criterios señalados legalmente.

<sup>29</sup> Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

Artículo 135°.- Del régimen de sanciones

135.1 *El incumplimiento de las normas de la presente Ley es sancionado por la autoridad competente en base al Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental. Las autoridades pueden establecer normas complementarias siempre que no se opongan al Régimen Común.*

135.2 *En el caso de los gobiernos regionales y locales, los regímenes de fiscalización y control ambiental se aprueban de conformidad con lo establecido en sus respectivas leyes orgánicas.*

Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales

142.1 Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

#### **4.1. El daño ambiental**

Es necesario señalar que, para que se configuren las infracciones en materia ambiental, no es necesario que se configure daño ambiental actual. De hecho, las infracciones administrativas constituyen, en principio, infracciones de peligro puesto que no se requiere que se acredite la generación de un daño a bienes jurídicos determinados.

Ello se manifiesta con claridad en la normativa ambiental, en la cual se evidencia que el daño ambiental constituye un agravante de la infracción cometida, más no un elemento constitutivo de la infracción cometida cuya ausencia liberaría de responsabilidad al infractor. De hecho, el grueso de las infracciones ambientales se dirige a la violación de normas ambientales o a los compromisos derivados de instrumentos de gestión ambientales que no dependen de la generación de daño ambiental actual, sino tan solo potencial.

Así, como ya lo hemos señalado, la responsabilidad administrativa deriva del incumplimiento de la normativa ambiental. Ello fluye de lo dispuesto por el Numeral 135.1 del Artículo 135º de la Ley General del Ambiente, el cual establece que el incumplimiento de las normas de la citada ley es sancionado por la autoridad competente en base al Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental.

Como resultado, la falta de referencia al daño ambiental en las infracciones contenidas en las normas reglamentarias no afecta el principio de tipicidad, el mismo que se encuentra satisfecho de manera clara en dicha norma. A esto debemos agregar, como se ha señalado, que la tipificación general ya se encuentra consagrada en la Ley General del Ambiente, siendo que la norma reglamentaria cumple con desarrollar dicha tipificación.

### **V. EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD**

El principio de predictibilidad, elemento de particular importancia para la simplificación de los trámites administrativos, no es un principio propio de la potestad reglamentaria, sino más bien del procedimiento administrativo general, consignado en el Título Preliminar de la Ley N° 27444. Dicho principio establece que la autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que, a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá<sup>30</sup>.

---

30 Artículo IV, Inciso 1), Literal 1.15 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Sin embargo, además, se requiere que la Administración Pública arroje resultados predecibles, es decir, consistentes entre sí. La Administración no debe hacer diferencias en razón de las personas –imparcialidad y neutralidad–, y los ciudadanos deberían, al iniciar un trámite, tener una expectativa certera de cuál será el resultado final que dicho procedimiento arrojará<sup>31</sup>.

Es por ello que los actos administrativos deben sujetarse estrictamente al ordenamiento jurídico, incluso a las normas administrativas emitidas por la autoridad que emite dichos actos. Así, en el contexto particular de los procedimientos administrativos tramitados por el OEFA, es evidente que estos se someten no solo a las leyes sobre la materia –a las cuales nos hemos referido de manera exhaustiva–, sino, además, a los reglamentos sectoriales emitidos por el Ministerio de Ambiente y a los reglamentos emitidos por el OEFA en el ejercicio de su potestad reglamentaria, con lo cual dicha predictibilidad se encuentra asegurada.

### 5.1. Finalidad del principio de predictibilidad

El principio de predictibilidad tiene dos finalidades evidentes. La primera es permitir al administrado poder determinar previamente el posible resultado de un procedimiento, lo cual le permitirá elaborar los mecanismos de defensa más adecuados para sus intereses. Ello, evidentemente, reduce los costos en los que debe incurrir el administrado en la tramitación de sus procedimientos e incentiva de manera inmediata el uso de mecanismos formales para la obtención de beneficios.

Sin embargo, por otro lado, el principio de predictibilidad permite desincentivar la presentación de solicitudes sin mayor efectividad o legalidad, pues el administrado podrá conocer con cierta certeza la inviabilidad de su petición pudiendo decidirse por la abstención en el ejercicio de la misma. Esto, a su vez, redundará también en una evidente reducción de costos organizativos en favor de la Administración que tendrá que tramitar una menor cantidad de solicitudes.

Los reglamentos que emite el OEFA, en aplicación del Artículo 17<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 29325, satisfacen este principio, dado que la misma permite determinar la decisión que la Administración va a generar como resultado de la infracción cometida. Dichas normas contienen las infracciones que van a imputarse, así como las sanciones que corresponden, las cuales, como ya hemos indicado

31 ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. *Impulsando la Simplificación Administrativa: Un reto pendiente*. Documento de trabajo N<sup>o</sup> 002-2000, publicado el 10 de abril del 2000 en el Diario Oficial *El Peruano*, p. 23.



de manera clara, se encuentran dentro de los parámetros de las normas pertinentes, en especial la Ley General del Ambiente y la propia Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

A ello, debemos agregar que existen normas reglamentarias que regulan la graduación de las sanciones, a través de las cuales el infractor puede conocer, con cierta exactitud, la sanción que corresponde a su incumplimiento, como lo hemos señalado de manera exhaustiva al tratar respecto al principio de razonabilidad. Como lo hemos señalado, los actos administrativos que emite OEFA se encuentran sometidos al ordenamiento jurídico, el mismo que dicha entidad deberá acatar de manera taxativa, en aplicación del principio de legalidad.

## VI. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

El Numeral 8 del Artículo 118º de la Constitución Política del Perú establece que corresponde al presidente de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

En este orden de ideas, los reglamentos constituyen una fuente cualitativa y cuantitativa del derecho administrativo; además son normas en sentido material y, en consecuencia, nunca tienen un alcance individual. La norma reglamentaria se define entonces como el instrumento jurídico de alcance general emitido por la Administración Pública.

El llamado reglamento ejecutivo –*secúndum legem*– cumple la función de reglamentar las normas con rango de ley, se dicta para posibilitar la aplicación de estas, completándolas y detallando lo necesario para asegurar su aplicación y cumplimiento, haciéndolas operativas<sup>32</sup>. La existencia de la potestad reglamentaria, a este nivel, no procede de una delegación legislativa expresa, sino de la norma constitucional<sup>33</sup>, la cual, en el caso peruano, establece dicha prerrogativa a favor del presidente de la República.

---

32 DANÓS, Jorge. “El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano”. *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. México: UNAM, 2008, p. 177. Véase también PAREJO, Luciano et ál. *Manual de derecho administrativo*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 257.

33 FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. México: Porrúa, 2003, p. 111



La Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo<sup>34</sup> establece una importante regulación de los reglamentos ejecutivos<sup>35</sup>. Señala, en primer término, que el proyecto de norma reglamentaria es elaborado por la entidad competente, lo cual posee una evidente justificación técnica, puesto que dicha entidad es la que conoce la materia que se debe regular.

Además, se establece que el reglamento se tramita acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados. La finalidad de ello estriba en que el presidente de la República conozca al detalle el proceso de elaboración del proyecto de reglamento, lo que asegura que el mismo se encuentre debidamente sustentado, en especial en lo que concierne al análisis costo beneficio de la norma, que es mucho más que simplemente indicar si la misma genera gasto presupuestal.

En este orden de ideas, conforme lo dispuesto por el Artículo 2° del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2006-JUS<sup>36</sup>, la exposición de motivos consiste en la fundamentación jurídica de la necesidad de la propuesta normativa con una explicación de los aspectos más relevantes y un resumen de los antecedentes que correspondan y, de ser el caso, de la legislación comparada y doctrina que se ha utilizado para su elaboración.

Asimismo, la fundamentación debe incluir un análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada, así como sobre su coherencia con el resto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional y con las obligaciones de los tratados internacionales ratificados por el Estado.

Por otro lado, el principio de jerarquía implica que el reglamento ejecutivo no puede trasgredir la ley o la Constitución Política del Perú. En consecuencia, la norma preceptúa que los reglamentos ejecutivos no pueden trasgredir ni desnaturalizar la ley, lo cual a su vez es consistente con la norma constitucional.

### **6.1. Reglamento autónomos**

Se configuran como reglamentos autónomos o independientes, en general, los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los reglamentos de los otros poderes

---

34 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de diciembre del 2007.

35 Artículo 13° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

36 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de marzo del 2006.

del Estado, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los reglamentos de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos<sup>37</sup> que no reglamentan una ley, pero que son emitidos como muestra de la autonomía y potestad normativa del organismo en cuestión<sup>38</sup>.

Es necesario señalar a este nivel que también los organismos constitucionales autónomos, organismos públicos y los organismos reguladores pueden emitir normas reglamentarias, así como diversos entes que no pertenecen al poder ejecutivo. La doctrina administrativa y la ley, en consecuencia, han incorporado en el caso peruano la figura de los reglamentos autónomos, que son aquellos que regulan una situación jurídica determinada sin que exista una norma legal a la que haya que reglamentar. El vehículo jurídico formal empleado para la emisión de reglamentos autónomos es la resolución administrativa, que como es obvio no siempre está constituida por un acto administrativo.

En el orden de ideas de lo que venimos reseñando, se hace indispensable establecer claros límites al ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma. En primer lugar, esta función normativa reglamentaria –o potestad reglamentaria– debe estar señalada expresamente en la ley y establecida como prerrogativa de una entidad administrativa determinada y de un órgano o conjunto de órganos al interior de la misma. No existen en consecuencia facultades normativas implícitas.

En segundo lugar, un reglamento autónomo no puede normar lo establecido como reserva de ley, lo cual implica una limitación de naturaleza material<sup>39</sup>.

Como resultado, el reglamento debe limitarse a aquellos ámbitos establecidos por la ley y, a la vez, no cubiertos por otras normas. Entre las materias limitadas a la ley, se encuentran la limitación y restricción de derechos fundamentales, así como la creación y regulación de organismos públicos y el establecimiento de facultades o prerrogativas a favor de determinada entidad o funcionario público.

## VII. CONCLUSIONES

Consideramos que la norma materia de análisis es coherente con los principios de la potestad sancionadora contenidos en la Ley N<sup>o</sup> 27444, y es, entonces,

---

37 Artículo V, Inciso 2.5) del Título Preliminar de la Ley N<sup>o</sup> 27444.

38 PAREJO, Luciano et ál. Óp. cit., p. 259. Véase también DANÓS, Jorge. Óp. cit., p. 178.

39 FRAGA, Gabino. Óp. cit., p. 107.

consistente con la Constitución Política del Perú y las normas que regulan el procedimiento administrativo en general, así como las normas en materia ambiental.

Asimismo, la norma satisface el principio de tipicidad, al encontrarse claramente definida la conducta infractora, así como la sanción que corresponde a la misma, siendo que el daño ambiental es relevante en lo que señala la norma.

La norma satisface también el principio de razonabilidad, puesto que los parámetros de graduación de la sanción se encuentran definidos taxativamente en las normas legales, a lo que debemos agregar que las sanciones señaladas por las normas reglamentarias resultantes se encuentran dentro de los límites establecidos por la Ley General del Ambiente.

Asimismo, se satisface el principio de predictibilidad, puesto que, dada la naturaleza de la infracción cometida y dado lo señalado en los párrafos precedentes es enteramente posible predecir la cuantía de la multa ser impuesta por el OEFA.

Finalmente, es necesario señalar que los reglamentos deben cumplir con los parámetros de ejercicio de la potestad reglamentaria establecida por la Constitución y la ley, en particular, por las leyes que regulan el procedimiento administrativo sancionador en materia ambiental.

## BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO, José

2002 *Principios de derecho penal. Parte general*. Lima: Gaceta Jurídica.

DANÓS, Jorge

1995 "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública". *Ius Et Veritas*. Lima, año V, número 10.

DANÓS, Jorge

2008 "El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano". *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. México: UNAM.

FRAGA, Gabino

2003 *Derecho administrativo*. México: Porrúa.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás FERNÁNDEZ

2000 *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

GONZALES, Jesús

1996 “Garantías frente a la potestad sancionadora de la administración”. *Temas de derecho procesal. Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. México: UNAM.

GONZÁLEZ, Jesús

2000 *Manual de procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas.

HUAPAYA, Ramón

2005 “¿Cuáles son los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General?”. *Actualidad Jurídica*. Tomo 141. Lima.

HURTADO, José

2005 *Manual de derecho penal*. Lima: Grijley.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2000 *Impulsando la simplificación administrativa: Un reto pendiente. Documento de Trabajo N° 002-2000*. Lima.

MORÓN, Juan Carlos

2005 “El exceso de punición administrativa”. *Actualidad Jurídica*. Tomo 144. Lima.

PAREJO, Luciano et ál.

1998 *Manual de derecho administrativo*. Barcelona: Ariel.

SANTAMARÍA, Juan

2000 *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

VÉLEZ, Jorge

1996 *Los dos sistemas de derecho administrativo*. Santa Fe de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda.

---

## NUEVOS RUMBOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DEL OEFA A LA LUZ DE LA LEY N° 30011

RICHARD MARTIN TIRADO

### SUMARIO

*En este trabajo el autor analiza a profundidad los artículos 17º, 19º y 20-A de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. En ese sentido, se exponen los principios jurídicos y los límites para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, así como el procedimiento de ejecución coactiva a la luz de la normativa vigente.*

I. Introducción. II. La potestad sancionadora y sus límites con relación a los Artículos 17º y 19º de la Ley N° 29325. III. Ejecutoriedad de los actos administrativos con relación a lo establecido en el Artículo 20-A de la Ley N° 29325. IV. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho ambiental es una rama del derecho administrativo que surge de la necesidad de responder ante la sociedad respecto de los problemas ambientales que se presentan ante la decisión del hombre de dominar la naturaleza. Es indudable que la educación es el instrumento a través del cual el ser humano modera su comportamiento con el fin de proteger la vida. En tal sentido, exigir este comportamiento a través de la norma y la coacción es propio del derecho, en este caso en particular, de la Administración.

En un sentido amplio, se puede afirmar que el derecho ambiental implica la solución de problemas de justicia (en temas ambientales); sin embargo, consideramos que debe abarcar un mayor campo, y debe establecer, mediante una

aplicación conjunta de los principios y normas, una eficiencia ambiental en el ejercicio de toda actividad del ser humano.

Esta capacidad y obligación de ejercer justicia por parte del derecho ambiental se refleja en nuestro ordenamiento a través de diversas normas (Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>1</sup>, Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente<sup>2</sup>), pero es en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 y el Artículo 136° de la Ley N° 28611 en los que se establece expresamente que es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) la autoridad encargada de ejercer la potestad sancionadora, así como regular las posibles sanciones a imponer.

El Numeral 22) del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho que tienen los individuos de “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. Este es el principal motivo por el cual se ha establecido una serie de normas en busca de promover la protección y el uso sostenible del medio ambiente.

El derecho ambiental, como ya se ha mencionado, es una rama especializada del derecho administrativo motivo por el cual no solo cuenta con la capacidad de desarrollar las técnicas generales y propias de este, sino que, además, puede desarrollar técnicas especializadas a la luz de la doctrina y del marco normativo nacional.

Entre las potestades que posee la Administración por intermedio del derecho administrativo, nadie discute la capacidad que tiene para que, a través de actos administrativos, pueda tipificar, clasificar, graduar y ejecutar sanciones, puesto que se entiende que la Administración realiza dichos actos en búsqueda del interés general; sin embargo, su actuación debe regirse por el respeto a los derechos fundamentales y a los principios normados dentro de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>3</sup> (LPAG).

La Ley N° 30011<sup>4</sup> modifica la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, e incorpora a su vez importantes modificaciones a los artículos 17°, 19° y 20-A, los cuales están referidos a la potestad

---

1 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo del 2009.

2 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre del 2005.

3 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de abril del 2001.

4 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de abril del 2013.

que tiene la Administración, la cual recae en la figura del OEFA: la potestad de tipificar, clasificar, graduar y ejecutar sanciones.

Las novedades más importantes de la Ley N° 30011, que modifica la Ley N° 29325, se encuentran en los artículos 17° y 19°, los cuales brindan al OEFA la potestad de tipificar, clasificar y establecer criterios, así como graduar las sanciones. Por otro lado, el artículo 20-A establece las pautas específicas que tiene que seguir el administrado en caso busque suspender o dejar sin efecto una ejecución coactiva proveniente de un acto administrativo emitido por el OEFA.

El procedimiento establecido a través del artículo 20-A, difiere del marco normativo que rige para las demás entidades, el cual se encuentra en el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2008-JUS<sup>5</sup>, y, además, ha generado una activa discusión sobre las potestades que tiene el OEFA, en materia de imposición de multas y en los procedimientos con los que cuenta para ejecutarlas.

El presente artículo busca analizar la idoneidad, legalidad y aplicación práctica de los artículos 17°, 19° y 20-A en función del marco normativo y la doctrina existente, así como los elementos que deben regir la aplicación de toda norma administrativa, y las razones que justificarían su aplicación en el marco del derecho ambiental. Para el desarrollo del presente documento, se ha previsto realizar un análisis previo sobre los conceptos y presupuestos legales que resultan indispensables para lograr una óptima comprensión de este. En tal sentido, se dividirá el presente análisis en dos grandes temas, y se expondrán, finalmente, las conclusiones generales de ambos.

## **II. LA POTESTAD SANCIONADORA Y SUS LÍMITES CON RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 17° Y 19° DE LA LEY N° 29325**

### **2.1. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN**

La potestad sancionadora proviene de la existencia de un derecho administrativo sancionador, que según Nieto<sup>6</sup>, se sustenta en que “en principio, en todo derecho público están una potestad y un ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un derecho administrativo sancionador”.

<sup>5</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 de diciembre del 2008.

<sup>6</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos, 2008, p. 201.

La atribución a la Administración Pública de potestades sancionadoras viene impuesta por la eficacia exigida para la realización de los fines que se les encomienda. Una transgresión del ordenamiento jurídico-administrativo ha de disponer que esta pueda emplear los medios idóneos y necesarios para reestablecer el orden jurídico perturbado, y reponer el bien jurídico protegido al momento anterior de la infracción. Sin embargo, no es suficiente retrotraer la situación al momento previo al daño, sino que, por la trascendencia de los bienes lesionados, en este caso el medio ambiente, y con el fin de que estas conductas lesivas no sigan transgrediendo, es que se tipifican como infracciones sancionables.

Es cierto que la potestad punitiva es ejercida por los jueces; sin embargo, el derecho administrativo ya cuenta con la capacidad de ejercer potestad punitiva conforme a lo señalado por la LPAG, la cual fue producto de la intervención económica del Estado, la doctrina y de diversos fallos del Tribunal Constitucional, en los que se reconoce la necesidad de dotar a la Administración de la capacidad de sancionar las conductas lesivas.

La LPAG regula el marco legal de los procedimientos administrativos, entre los cuales cabe distinguir la existencia de un tipo de procedimiento administrativo general y supletorio a la vez de los procedimientos regulados por leyes especiales. Por otra parte, en la propia LPAG es posible reconocer la existencia de dos (2) tipos de procedimientos administrativos especiales, en virtud de los cuales las entidades públicas toman decisiones definitivas que afectan los intereses de los administrados.

En el caso de los procedimientos administrativos generales, las entidades adoptan decisiones sobre peticiones que formulan los administrados, básicamente, para ser autorizados con el fin de realizar alguna actividad. A diferencia de este, los procedimientos administrativos especiales son de dos tipos: *i) procedimiento administrativo trilateral*, en el que las entidades tienen el deber de resolver un conflicto de intereses entre o dos o más sujetos del procedimiento; y *ii) procedimiento administrativo sancionador*, en el que las entidades ejercen su *potestad sancionadora* para garantizar el cumplimiento de normas de carácter obligatorio, frente a un administrado.

Antes de la entrada en vigor de la LPAG, y tal como lo explica Danós<sup>7</sup>, se carecía de una regulación de un régimen de principios y lineamientos generales

---

7 DANÓS, Jorge. "La preferencia de los principios de la potestad sancionadora". *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Editorial Palestra, 2010, pp. 861-862.



para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Por ello, el derecho administrativo sancionador no existía como tal, puesto que la dispersión normativa que reinaba en dicho contexto implicaba la inexistencia de un régimen jurídico al que evoca la noción de dicha rama.

No obstante lo señalado, la potestad sancionadora de la Administración, “podía percibirse a partir de la necesidad de regular las actividades económicas de los particulares; sin embargo, el no contar con un marco legal que sirviera como parámetro de los aspectos principales de la potestad sancionadora, significaba un constante riesgo que la Administración en ejercicio de su Autotutela, pudiera vulnerar garantías y derechos fundamentales de los administrados”<sup>8</sup>.

La explicación de la potestad sancionadora de la Administración, según Danós<sup>9</sup>, se justifica en razones de orden práctico, pues resultaba necesario dotar a la Administración Pública de potestades coercitivas a fin de que esta pueda dar cumplimiento a las normas legales. Ello requiere una explicación adicional, pues la potestad sancionadora de la Administración no solo se fundamenta en su carácter práctico.

Así pues, el origen de esta potestad, tal como explican Nieto<sup>10</sup> y Danós<sup>11</sup>, se encuentra en el genérico *ius puniendi* del Estado, que engloba tanto al derecho penal como al derecho administrativo sancionador, y que, a su vez, dicha unidad del poder punitivo del Estado alcanza a todo tipo de manifestación sancionadora del Estado.

Con relación a su finalidad, esta resulta claramente definida por un aspecto esencial consistente en prevenir o desincentivar la realización de conductas ilícitas por parte de los administrados. Para tal efecto el ordenamiento debe estar orientado para la consecución de tal finalidad.

En la LPAG, a través del Capítulo II del Título IV, referido al Procedimiento Administrativo Sancionador, se pudo asimilar la existencia de un derecho administrativo sancionador, que a través de los años ha ido evolucionando bajo los mismos elementos que contribuyeron a su origen, como fue la jurispruden-

---

8 *Ibidem*, p. 862.

9 DANÓS, Jorge. “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública”. *Ius et Veritas*, 1995, julio, N° 10, p. 150, Lima.

10 NIETO, Alejandro. *Óp cit.*, p. 91.

11 DANÓS, Jorge. *Óp. cit.*, p. 150.

cia del Tribunal Constitucional, la doctrina nacional y extranjera. El Artículo 231º de la LPAG<sup>12</sup> señala, respecto de la potestad sancionadora, que esta le corresponde solo a aquellas autoridades que han sido designadas por ley o reglamento, y que su ejercicio, además de respetar el marco constitucional deberá seguir los principios contenidos en el artículo 230º de la LPAG, los cuales son:

**a) Legalidad<sup>13</sup>**

Este principio está consagrado a nivel constitucional en el Literal d) del Numeral 24 del Artículo 2º y establece que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado por la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC<sup>14</sup>, ha establecido lo siguiente:

3. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. La Constitución lo consagra en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, *de manera expresa e inequívoca*, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (la cursiva es nuestra).

---

12 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador

Artículo 231º.- Estabilidad de la competencia para la potestad sancionadora

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

13 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador

Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

Legalidad.- Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

14 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA /TC, de fecha 11 de octubre del 2004, sobre la acción de amparo interpuesta por Gonzalo Antonio Costa Gómez y doña Martha Elizabeth Ojeda Dioses contra el alcalde de la Municipalidad Provincial de Tumbes, con el objeto de que se declare sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 1085-2003-ALC-MPT, de fecha 16 de diciembre del 2003, que les impuso la sanción de destitución de sus puestos de trabajo.

Tal como se puede apreciar, este principio no solo es una garantía para los administrados, sino también establece la prohibición de la imposición de sanciones desprovistas de un marco legal, lo que, a su vez, implica que los reglamentos no podrían establecer infracciones y sanciones por sí mismos, puesto que solo normas con rango de ley podrían establecer sanciones<sup>15</sup>.

En tal sentido es relevante señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 127/1990 del 05 julio de 1990, en la que se establece que el principio de legalidad implica la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), los cuales eran atribuidos a la legalidad penal, pero que son extensibles a la legalidad sancionadora.

Es importante recordar que parte del derecho administrativo sancionador surge en parte del *ius puniendi* aplicado al derecho penal, pero a diferencia de la aplicación del principio de legalidad en materia penal, la cual supone que nadie podrá ser condenado por actos que no se encuentren normados por ley (vigente) la aplicación de este principio es diferente para el derecho administrativo sancionador. Así lo establece Nieto<sup>16</sup> al señalar que es inviable la aplicación del principio de legalidad penal en el derecho administrativo sancionador, por lo que es *inimaginable la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas sin la colaboración de un reglamento*, dado que el proceso administrativo presenta una estructura completamente distinta a la penal. Este argumento se encuentra señalado en el principio de tipificación, motivo por el cual ambos se encuentran estrechamente vinculados, tanto que muchos autores incluso consideran que los principios de reserva de ley y tipicidad, son parte del desarrollo del principio de legalidad.

En el ordenamiento español (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 08/19841 del 30 de marzo, Fj. ° 3) el principio de legalidad del procedimiento administrativo sancionador tiene una triple garantía; el principio de reserva de ley, el principio de tipicidad y el principio de irretroactividad. Esto sin perjuicio de que, en el mismo artículo 25.1 CE, contenga de forma implícita otros principios, como el mandato de *non bis in idem* o el principio de culpabilidad<sup>17</sup>.

15 PEDRESCHI, Willy. *Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444*. Lima: Ara Editores, 2003, p. 518.

16 Cf. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos, 1993, p. 21.

17 REBOLLO, Manuel et. ál. *Derecho administrativo sancionador*. Valladolid: Lex Nova, 2009, p. 111.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia N° 8957-2006-PA/TC lo siguiente:

*(...) el principio de legalidad comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex praevia) que permiten predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la añeja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley<sup>18</sup> (la cursiva es nuestra).*

Con respecto a la garantía del principio de legalidad, Nieto<sup>19</sup> establece que existen dos garantías que el principio de legalidad debe cumplir: el primero es el principio de reserva de ley y el segundo es el principio de tipicidad. Pese a que se entiende que estos principios que garantizan el principio de legalidad tienen características propias y cualidades independientes, es cierto también que el concepto de uno y del otro actúan de forma conjunta, y se puede afirmar que son conceptos inescindibles.

Por su parte, Danós señala que el principio de legalidad se refiere a que este “supone la prohibición de la *imposición de sanciones desprovistas de cobertura legal y la prohibición de que los reglamentos establezcan infracciones y sanciones por iniciativa propia, sin amparo de normas con rango de ley*”<sup>20</sup> (la cursiva es nuestra).

## **b) Debido procedimiento<sup>21</sup>**

Este principio ordena a la autoridad administrativa sujetarse al procedimiento administrativo previamente establecido y respetar las garantías del debido

---

18 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 61/1990

19 Cf. NIETO, Alejandro. Óp. cit., p. 216.

20 DANÓS, Jorge. Óp. cit., p. 153.

21 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa  
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

proceso<sup>22</sup>. En tal sentido, se entiende que este principio debe interpretarse tanto a la luz del Artículo 139º, Inciso 3, de la Constitución Política del Perú y el Numeral 1.2 del Artículo 5º del Título Preliminar de la LPAG.

El derecho al debido proceso y por ende, el derecho al debido procedimiento administrativo, además de constituir un principio rector del actuar del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* que le asiste, es un derecho reconocido a nivel constitucional a favor del justiciable, en la medida en que el Artículo 139º, Inciso 3, de la Constitución Política del Perú, reconoce como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce al principio del debido procedimiento, como una manifestación del principio constitucional del debido proceso, llevado a cabo en sede administrativa. El Tribunal Constitucional, quien es el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú señala que:

*“El debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo –como en el caso de autos– o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”* (la cursiva es nuestra).

Para el Tribunal Constitucional, el debido proceso engloba otra serie de derechos de corte constitucional, que deben ser garantizados no sólo en sede judicial, sino también administrativa.

En efecto, el derecho al debido procedimiento constituye un mecanismo de garantía de una serie de derechos exigibles al momento de someter ante la autoridad administrativa la resolución de un conflicto de intereses, una situación de incertidumbre, la determinación de la comisión de una conducta sanciona-

---

(...)

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

22 VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”. *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Lima: UPC, 2009, p. 413.

ble y, en general, cuando la decisión de la Administración puede afectar los derechos, obligacionales o intereses de los administrados en el marco de un procedimiento administrativo.

Así, este conjunto de garantías (derecho de acceso a la autoridad, derecho de contradecir o defender una alegación, derecho a un juez imparcial, derecho a ofrecer y/o actuar pruebas, derecho a recibir una resolución en un plazo razonable, etc.) comprende tanto el derecho a la defensa, como el derecho a la debida motivación.

### c) **Razonabilidad**<sup>23</sup>

Este principio busca que las autoridades administrativas prevean que la comisión de alguna conducta ilícita no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas vulneradas o asumir la sanción. De acuerdo a esto, la finalidad primordial de este principio para los administrados es desincentivar la comisión de ilícitos administrativos y para las autoridades administrativas es valorar los criterios previstos en orden de prelación, por la norma al momento de establecer sanciones a los administrados<sup>24</sup>.

Por lo tanto, las actuaciones de la autoridad administrativa respecto a calificar infracciones e imponer sanciones, en este caso, en el contexto de un proceso administrativo sancionador, deben mantener la proporción entre los medios y responder a la satisfacción del contenido.

---

23 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

24 VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. Óp. cit., pp. 414-415.

En este sentido, debemos enfatizar que la potestad de la Administración debe ejercerse en un marco de razonabilidad y proporcionalidad. Es por ello que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC<sup>25</sup>, ha señalado que:

12. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (*vide supra*), “una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integra, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica”.

Asimismo, en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

*El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (la cursiva es nuestra).*

El concepto de razonabilidad, conforme lo señala la doctrina nacional, también ha asimilado el concepto de razonabilidad con el de proporcionalidad en el ámbito administrativo. Así lo indica Morón<sup>26</sup> en los siguientes términos: “A nuestro entender, compartiendo la posición del Tribunal Constitucional nacional en esta materia, en materia sancionadora administrativa existe similitud entre la proporcionalidad y la razonabilidad, que como principios convergen en enfrentar la arbitrariedad a través de la razón, siendo que la proporcionalidad es la medida de lo razonable de la sanción”.

25 Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>>

26 MORÓN, Juan Carlos. “Los principios de la potestad sancionadora de la administración pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional”. *Revista Mensual de Jurisprudencia*, año 1, número 7, julio 2006, p. 642.



Dentro de esta misma línea, Correa y Vásquez<sup>27</sup>, al igual que Frugone, afirman lo siguiente: “El procedimiento administrativo se rige por el principio de la proporcionalidad, el cual supone la razonable adecuación de la sanción a la falta; tomando en cuenta no solo lo que perjudica al funcionario sino cuanto lo beneficia, para sancionar del modo más justo o exonerar de responsabilidad cuando corresponda”<sup>28</sup>.

Con relación al principio de proporcionalidad aplicado a la multa, es pertinente señalar lo establecido mediante informe legal realizado respecto a si el “[c]uadro de tipificación de infracciones ambientales y escala de multas y sanciones aplicables a la gran y mediana minería respecto de labores de explotación, beneficio, transporte y almacenamiento de concentrados de minerales”, el cual fue emitido por Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM y publicado el 10 de noviembre del 2012 en el diario oficial *El Peruano*, respetaba los principios regulados mediante el Artículo 230° de la LPAG, entre ellos, el principio de razonabilidad (proporcionalidad).

En dicho informe se indicaba que el principio de proporcionalidad impone la obligación de fijar una multa máxima y una mínima como presupuesto para que el aplicador de la sanción pueda individualizarla al caso concreto del infractor, eligiendo la multa adecuada dentro de ese rango. Asimismo, en dicho informe se estableció de acuerdo con el Literal b) del Numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, que el OEFA se encontraba en la facultad de ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto.

Siguiendo el razonamiento de dicha consulta legal, se puede afirmar que el Artículo 17° de la Ley N° 29325, el cual se remite al Artículo 136° de Ley N° 28611, señala los parámetros para su aplicación, además de contemplar los criterios para establecer la escala de sanciones mediante el Artículo 19° de Ley N° 29325; con lo cual consideramos que estamos bajo los mismos supuestos de razonabilidad (proporcionalidad) a los cuales se concluyó en dicho informe.

---

27 CORREA, Rubén y Cristina VÁSQUEZ. *Manual de derecho de la función pública*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 224.

28 Ídem, p. 232.



#### **d) Irretroactividad<sup>29</sup>**

Este principio, que se deriva del Artículo 103º de la Constitución Política del Perú, establece la imposibilidad de imponer sanciones cuando la norma que las tipifica no hubiera estado en vigor al momento de la comisión de la infracción<sup>30</sup>. No obstante, admite la posibilidad de aplicar normas sancionadoras posteriores, siempre que fueran favorables al administrado y mientras no exista un pronunciamiento firme por parte de la entidad<sup>31</sup>.

#### **e) Concurso de infracciones<sup>32</sup>**

Este principio, muy similar al previsto en el derecho penal, está referido a que, cuando una misma conducta infractora cometida por el administrado califique como más de una infracción, esta podrá ser *subsumida* dentro de uno o más tipos de infracciones administrativas, lo que genera que la sanción a aplicarse sería la de mayor gravedad, sin perjuicio de las demás responsabilidades que establezcan las leyes<sup>33</sup>.

#### **f) Continuación de infracciones<sup>34</sup>**

La actual redacción de este principio, establece excepciones a la regla general para la aplicación de sanciones en caso el administrado incurra en forma conti-

---

29 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

30 PEDRESCHI, Willy. Óp. cit., p. 535.

31 Ídem, p. 536.

32 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

33 PEDRESCHI, Willy. Óp. cit., p. 538.

34 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador

nua en una infracción. En tal sentido, se requiere que hayan pasado por lo menos 30 días desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se haya solicitado al administrado que acredite el cese de la infracción en dicho plazo<sup>35</sup>.

### **g) Causalidad<sup>36</sup>**

Este principio, sirviéndose del nexo de causalidad entre el sujeto infractor y la conducta infractora, busca que la sanción recaiga sobre quien haya vulnerado efectivamente el ordenamiento, tanto de manera activa como omisiva<sup>37</sup>.

Por tal motivo, solo sería culpable el autor inmediato de la conducta ilícita y no los colaboradores o instigadores, tema que lleva a concluir que la responsabilidad es subjetiva, bastando definir el nexo causal entre el sujeto y la conducta ilícita. En consecuencia, no cabe atribuir responsabilidades solidarias<sup>38</sup>.

---

Artículo 230<sup>9</sup>.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

7. Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

- a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.
- b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.
- c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el Inciso 5.

35 VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. Óp. cit., p. 423.

36 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

37 VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. Óp. cit., p. 428.

38 *Ibidem*.

## h) Presunción de licitud<sup>39</sup>

Este principio se deriva del principio constitucional de la presunción de inocencia. En tal sentido, la Administración debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes, en tanto no cuente con evidencias en contrario<sup>40</sup>.

## i) *Non bis in idem*<sup>41</sup>

Con respecto a este principio, su redacción actual establece la prohibición de imponer sucesivas o simultáneas sanciones administrativas en el caso de que se observe identidad de sujeto, hecho y fundamento, salvo en caso se produjese el supuesto de la continuación de infracciones a efectos de evitar cuestionamientos respecto a la vulneración de este principio en todos los casos de continuación de infracciones.

## j) Tipicidad<sup>42</sup>

Finalmente, este principio, de acuerdo a la ley, consiste en que solo podrán sancionarse aquellas infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, a través de su expresa tipificación, y no son aceptables interpretaciones extensivas o analógicas.

---

39 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

40 VERGARAY, Verónica y GÓMEZ, Hugo. Óp. cit., p. 429.

41 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

10. Non bis in idem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

42 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

En el ordenamiento español Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo señalan que:

(...) el principio de tipicidad en sentido estricto exige que la administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria, con lo que se impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de la frontera que demarca la norma sancionadora. De ese modo se obliga a que la Administración realice una operación de subsunción caso por caso, indicando en qué norma se encuentra tipificada la infracción y motivando por qué los hechos son constitutivos de esa infracción y por qué a tales hechos corresponde la sanción que se impone. El ámbito propio de este principio, por tanto, será el de la interpretación de la norma sancionadora<sup>43</sup>.

Un aspecto que llama la atención es la exigencia de la garantía para los administrados: que la conducta ilícita debe estar expresamente especificada. Sin embargo, lograr tal grado de precisión para la determinación de ilícitos administrativos resulta impráctico y hasta imposible<sup>44</sup>, puesto que lograr una descripción detallada y extensiva de cada una de las infracciones administrativas imputables a los administrados podría suponer miles de horas de trabajo y millones de hojas de papel sin que se logren determinar todos los ilícitos administrativos existentes o incluso por existir.

La flexibilidad de la exigencia de tipicidad responde a la realidad. Si se llegara a entender el principio de taxatividad como absoluto, se llegaría al absurdo de contar con innumerables leyes que contemplen listas de conductas consideradas sancionables, y aun siendo este el caso, la naturaleza humana, la cual se encuentra en constante cambio, así como el marco en el cual se desarrolla,

---

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

43 REBOLLO, Manuel et. ál. Óp. cit., p. 161.

44 VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. Óp. cit., p. 428.

haría imposible tipificar todas las conductas que vayan surgiendo sin que se queden fuera algunas. Es por este motivo que se necesita de tipos infractores redactados de manera abstracta o de tipificaciones indirectas (remisión a otras normas)<sup>45</sup>.

En este sentido, lograr tipificar todas las infracciones y sanciones a fin de que se pueda predecir, con un suficiente grado de certeza, el tipo y grado de la sanción susceptible de ser impuesta<sup>46</sup> es una exigencia que, en la práctica, no es absoluta.

Por otro lado, la LPAG indica que, para la tipificación de los ilícitos administrativos, en lo que se refiere a la identificación, especificación o graduación de las infracciones y sanciones, las normas con rango de ley pueden remitirse a otras normas, tales como reglamentos, siempre y cuando estas últimas no constituyan nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo que la ley lo permita.

Nieto<sup>47</sup> señala que “la colaboración reglamentaria no supone una excepción a la reserva de ley sino una modalidad de su ejercicio. La ley, si quiere, puede agotar por sí sola la regulación necesaria de la materia; pero también puede decidir quedarse incompleta, dejando huecos en blanco, y encomendar a un Reglamento que regule el resto de acuerdo con las instrucciones y pautas que le proporciona”<sup>48</sup>.

En nuestro ordenamiento el Tribunal Constitucional recoge esta idea en la sentencia recaída en el Expediente N° 05262-2006-PA/TC<sup>49</sup>:

Sobre la posibilidad de regular las sanciones mediante reglamentos  
5. Debe señalarse que este Tribunal, en la jurisprudencia antes mencionada, ha

45 REBOLLO, Manuel et. ál. Óp cit., p. 167.

46 PEDRESCHI, Willy. Óp. cit., p. 410.

47 NIETO, Alejandro, Óp. cit., p. 265.

48 Ibídem.

49 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 05262-2006-PA/TC, de fecha 29 de marzo del 2007, sobre la acción de amparo interpuesta por Luis Alberto Novoa Cabrera, representante de la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (Edelnor S.A.A.), contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía –Osinerg– a fin de que se declare inaplicable la Resolución OSINERG N° 017-2004-OS/CD, de fecha 9 de febrero del 2004.

realizado una importante precisión en torno a lo que debe de entenderse por principio de legalidad y tipicidad: el primero se satisface cuando se cumple la previsión de las infracciones y sanciones en la ley; el segundo, en cambio, constituye la definición de la conducta que la ley considera como falta. *Esta precisión de lo que se considera como antijurídico, desde el punto de vista administrativo, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como sucede en el presente caso (la cursiva es nuestra).*

Esta sentencia establece que la tipificación de las conductas ilícitas no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que, dentro de los parámetros de la ley, podría ser viable la colaboración o complementación por parte de los reglamentos. En la práctica, en nuestro ordenamiento es común admitir la colaboración reglamentaria tanto de las conductas ilícitas como de sanciones, siempre que no trasgredan la ley. Es importante recordar que el reglamento aparece en el ordenamiento sancionador solo si ha sido habilitado por ley y solo podrá regular aquello que le fue encargado por ley, siguiendo las pautas y criterios contenidos dentro de la norma.

En el presente documento, es importante evaluar la necesidad de señalar que las modificatorias realizadas por la Ley N° 30011 también se realizaron sobre el Artículo 11° de la Ley N° 29325, a través de las cuales se faculta al OEFA el ejercicio de la función normativa con la cual podrá tipificar infracciones, así como aprobar la escala de sanciones respectivas:

#### Artículo 11°.- Funciones generales

(...)

11.2 El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), ejerce las siguientes funciones:

- a) Función normativa: comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), y otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo; así como aquellas necesarias para el ejercicio de la función de supervisión de entidades de fiscalización ambiental, las que son de obligatorio cumplimiento para dichas entidades en los tres niveles de gobierno.

En ejercicio de la función normativa, *el OEFA es competente, entre otros, para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de graduación de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas (...).*

Los criterios señalados por el Artículo 11º de la Ley Nº 29325, modificada por la Ley Nº 30011, se encuentran amparados por el principio de tipicidad recogido en el Numeral 4) de la LPAG, y es una salvedad al principio de legalidad, la cual, como hemos observado, se encuentra legalmente admitida. Sobre esta salvedad al principio de legalidad, Northcote<sup>50</sup> señala lo siguiente:

Ahora bien, se presenta un fenómeno interesante en cuanto a la tipicidad, pues son muchos los casos en que la tipificación de infracciones por una norma con rango de ley muchas veces implica el uso de términos o fórmulas generales que requieren un desarrollo posterior a través de una norma de inferior jerarquía. Sobre este aspecto, la Ley Nº 27444, al regular al principio de tipicidad, dispone que las normas reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar las normas que tipifican las conductas o determinan las sanciones, pero sin que ello implique la configuración de nuevas infracciones, *salvo los supuestos en que la propia norma con rango de ley faculta la tipificación por vía reglamentaria* (la cursiva es nuestra).

Por otro lado, el hecho de que la Administración pueda tipificar o configurar sanciones y conductas sancionables mediante vía reglamentaria, no implica que no deba cumplir con las tres exigencias de este principio (*lex previa, lex scripta y lex certa*), que es considerado como el aspecto material de este.

Sobre estas exigencias, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia Nº 01514-2010-PA/TC, ha señalado lo siguiente:

El Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada y uniforme jurisprudencia (STC Nº 2050-2002-AA/TC, STC Nº 5262-2006-PA/TC y STC Nº 8957-2006-PA/TC) que el principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, así como prohíbe aplicar una sanción si tampoco está previamente determinada por ley. Como se ha expresado también (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. Nº 010-2002-AI/TC) *este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley* (*lex scripta*), *que la ley sea anterior al hecho sancionado* (*lex previa*) *y que la ley describa un hecho estrictamente determinado* (*lex certa*). Es decir, supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, esto es, *la existencia de preceptos jurídicos* (*lex previa*) *que permitan predecir con suficiente grado de certeza* (*lex certa*) *aquellas conductas y que permitan saber a qué atenerse en cuanto a responsabilidades y eventuales sanciones* (la cursiva es nuestra).

50 NORTHCOTE, Cristian. "Importancia del principio de tipicidad en el procedimiento administrativo sancionador". *Actualidad empresarial*, Nº 191, segunda quincena de setiembre, 2009, Lima, p. VIII-2.

Con respecto al Artículo 17º de la Ley N° 29325, modificada por la Ley N° 30011 –artículo mediante el cual se tipifican las conductas sancionables–, es posible afirmar a la luz de lo señalado en los párrafos precedentes, que la delegación reglamentaria estaría amparada, siempre y cuando exista ley expresa que lo tipifique, y siempre que se encuentre dentro del marco señalado por la ley, puesto que el reglamento no puede alejarse de los parámetros legales establecidos.

Es importante señalar que una ley incompleta (por su contenido) o una ley de remisión (por su función), debe ser consciente de sus carencias, por lo cual deberá encomendar al reglamento la tarea de completarlas, además de indicarle cómo hacerlo. El reglamento no suple los olvidos de la ley sino que completa lo que esta ha dejado de forma deliberada solamente esbozado o acaba lo que se ha dejado sin terminar pero ya comenzado. De aquí que se hable de colaboración y no de sustitución<sup>51</sup>.

En ese orden de ideas, se puede apreciar como el Artículo 17º de la Ley N° 29325, modificada por la Ley N° 30011, se remite al artículo 136º de la Ley N° 28611<sup>52</sup> con el fin de conformar un solo bloque jurídico mediante la colaboración de ambas normas.

---

51 NIETO, Alejandro. Óp. cit., pp. 265-266.

52 Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente

Artículo 136º.- De las sanciones y medidas correctivas

136.1 Las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones contenidas en la presente Ley y en las disposiciones complementarias y reglamentarias sobre la materia, se harán acreedoras, según la gravedad de la infracción, a sanciones o medidas correctivas.

136.2 Son sanciones coercitivas:

- a. Amonestación.
- b. Multa no mayor de 10 000 Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha en que se cumpla el pago.
- c. Decomiso, temporal o definitivo, de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.
- d. Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.
- e. Suspensión o cancelación del permiso, licencia, concesión o cualquier otra autorización, según sea el caso.
- f. Clausura parcial o total, temporal o definitiva, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la infracción.

136.3 La imposición o pago de la multa no exime del cumplimiento de la obligación. De persistir el incumplimiento éste se sanciona con una multa proporcional a la impuesta en cada caso, de hasta 100 UIT por cada mes en que se persista en el incumplimiento transcurrido el plazo otorgado por la Autoridad Competente.



Una lectura combinada del Artículo 11º de la Ley N° 29325 y de lo establecido en la LPAG, así como en los distintos fallos del Tribunal Constitucional y la doctrina nacional e internacional, nos permite afirmar que los artículos 17<sup>953</sup> y

136.4 Son medidas correctivas:

- a. Cursos de capacitación ambiental obligatorios, cuyo costo es asumido por el infractor y cuya asistencia y aprobación es requisito indispensable.
- b. Adopción de medidas de mitigación del riesgo o daño.
- c. Imposición de obligaciones compensatorias sustentadas en la Política Ambiental Nacional, Regional, Local o Sectorial, según sea el caso.
- d. Procesos de adecuación conforme a los instrumentos de gestión ambiental propuestos por la autoridad competente.

53 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Artículo 17º.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas:

- a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental.
- b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente.
- c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión.
- d) El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA.
- e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia.

El cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables antes mencionadas es obligatorio para todas las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que son de competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos, autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de las mismas. Esta disposición es aplicable a todas las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), respecto de sus competencias, según corresponda.

Cuando el OEFA obtenga indicios razonables y verificables del incumplimiento de las condiciones para que una actividad se encuentre en el ámbito de competencias de los gobiernos regionales, y por tanto su condición actual debiera corresponder al ámbito de competencias del OEFA, este se encuentra facultado para desarrollar las acciones de fiscalización ambiental a que hubiere lugar.

Las acciones que ejerza el OEFA, conforme a lo señalado en el presente artículo, se realizan sin perjuicio de las competencias que corresponden a los gobiernos regionales y demás Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), así como al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin) y a otras entidades sectoriales, conforme a sus competencias.

Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro del Ambiente a propuesta del OEFA, se establecen disposiciones y criterios para la fiscalización ambiental de las actividades mencionadas en los párrafos anteriores. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) ejerce la potestad sancionadora respecto de las obligaciones ambientales establecidas en los planes, programas y demás instrumentos de gestión ambiental que corresponda aprobar al Ministerio del Ambiente (MINAM). Mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. La tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las EFA.

19<sup>054</sup> de la Ley N° 29325, modificados por la Ley N° 30011, cumplen con estar habilitados por ley expresa para tipificar infracciones y sanciones; esto en función de que la norma remitente y la remitida forman un solo bloque normativo. Es necesario de que la ley cuente con lo mínimo e indispensable, motivo por el cual podrá encomendar al reglamento la potestad de complementar dicha norma (complementar presupone la existencia de algo previo), tal como es el caso de los artículos 17<sup>o</sup> y 19<sup>o</sup> de la Ley N° 29325.

Por otro lado, los artículos 17<sup>o</sup> y 19<sup>o</sup> de la Ley N° 29325 cuentan con una habilitación expresa; sin embargo, es importante resaltar que autores como Nieto<sup>55</sup> señalan:

Si bien una ley sancionadora escrupulosa habría de utilizar la siguiente fórmula: primero explicaría su propia incompletud justificando la llamada a la colaboración reglamentaria; luego, habilitaría de forma expresa un futuro reglamento (se autoriza al Gobierno para que reglamente los siguientes extremos, que por las razones dichas no aparecen regulados en la ley) y, en fin, establecería las pautas o criterios a los que habría de sujetarse la posterior reglamentación, remitiéndose con estas condiciones a su contenido.

Sin embargo en la práctica se prescinde de la justificación de la incompletud y en muchos casos de la habilitación expresa. *Si bien la habilitación es inexcusable; pero no es imprescindible que se realice mediante una cláusula expresa sino que puede realizarse de forma implícita. Caben las habilitaciones implícitas pero no las remisiones implícitas, debido a que la remisión debe contener un mínimo material que falta en la fórmula implícita* (la cursiva es nuestra).

Mediante esta última afirmación, cabe señalar que, en caso los artículos 17<sup>o</sup> y 19<sup>o</sup> de la Ley N° 29325 no hubiesen contado con habilitación expresa, su validez y legalidad no hubiesen sido afectadas, siempre y cuando contasen con una habilitación implícita, basada en un mínimo contenido de la norma.

---

54 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental  
Artículo 19.- Clasificación y criterios para la clasificación de sanciones

19.1 Las infracciones y sanciones se clasifican como leves, graves y muy graves. Su determinación debe fundamentarse en la afectación a la salud y al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos y en otros criterios que puedan ser definidos de acuerdo a la normativa vigente.

19.2 El Consejo Directivo del OEFA aprueba la escala de sanciones donde se establecen las sanciones aplicables para cada tipo de infracción, tomando como base las establecidas en el artículo 136 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente.

55 NIETO, Alejandro. Óp. cit., p. 274.

### III. EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON RELACIÓN A LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 20-A DE LA LEY N<sup>o</sup> 29325

#### 3.1. El principio de la autotutela

El principio de autotutela aparece como consecuencia del desarrollo histórico y de la forma en que se ha entendido el principio de la separación de poderes a partir de la Revolución francesa<sup>56</sup>. Esto debido a que *la solución de los litigios en que están implicados el Poder Ejecutivo y sus agentes no podía ser confiada a los tribunales (ordinarios), pues de lo contrario, el Poder Ejecutivo quedaría subordinado al Poder Judicial*<sup>57</sup>.

La autotutela es una institución de la teoría general del derecho, por lo tanto no es solo peculiar del derecho administrativo, pues tiene gran importancia en relación con el ámbito de defensa o tutela. La posibilidad que los ciudadanos tienen de autodefenderse no está excluida del todo en nuestro sistema, ni en la mayoría de los diversos sistemas mundiales, puesto que existen algunos supuestos mediante los cuales la prohibición de obtener justicia por mano propia está permitida. Sin embargo, esta defensa o autodefensa debe ser reconocida por norma expresa, a diferencia de la facultad otorgada a la Administración, en la que la autotutela es la regla general y solo se la excluye mediante ley expresa<sup>58</sup>.

La Administración Pública, cuando ejerce una tarea propiamente administrativa, aparece investida de privilegios que no son concebibles o son inexistentes en otros sujetos jurídicos. Estos privilegios derivan del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, con lo cual se establece que los actos administrativos, en su mayoría, poseen la fuerza necesaria para aplicarse de forma inmediata y por sí misma, es decir, sin necesidad de la intervención de la autoridad judicial, esto en parte a que los actos administrativos gozan de una presunción de legitimidad.

56 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Revolución francesa y la administración contemporánea*. Madrid: Taurus, 1972, p. 113.

57 VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. Traducción española de la sexta edición francesa. Madrid: Editorial Aguilar, 1980, p. 56

58 MUÑOZ, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Tomo I Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 473.

La ejecutoriedad es el resultado de presumir que los actos administrativos son legítimos, y aunque se trata de una presunción legal que admite prueba en contrario, el privilegio favorece a la Administración, dado que impone a los particulares que en caso consideren este acto ilegal, serán ellos quien deberán probarlo, con lo cual la carga de la prueba es impuesta a los particulares. La ejecutoriedad no es otra cosa, más que la manifestación de alguno de los privilegios que detenta la administración, los cuales emanan del principio de autotutela.

El principio de autotutela permite a la Administración cumplir con sus finalidades institucionales, pues mediante este principio es que “la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del status quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”<sup>59</sup>.

En consecuencia, se puede afirmar que la Administración se encuentra en la facultad de ejecutar directamente sus actos administrativos sin necesidad de recurrir a la vía judicial<sup>60</sup>, utilizando la coacción en forma excepcional y conforme los límites del ordenamiento jurídico<sup>61</sup>.

En palabras de Morón<sup>62</sup> se dice que “en esencia, la potestad para ejecutar sus propias resoluciones constituye una de las expresiones más nítidas de la Autotutela administrativa con que el ordenamiento legal provee a la Administración Pública para la preservación del orden público y alcanzar la satisfacción de los intereses generales. Ni el recurso administrativo o la demanda judicial afectan esta calidad de la autoridad administrativa”.

Al respecto Cassagne<sup>63</sup>, considerando a la autotutela como el principio de la ejecutoriedad, señala lo siguiente:

---

59 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Volumen I. Décima edición. Madrid: Civitas, 2000, p. 505.

60 DIEZ, Manuel. *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 319.

61 CASSAGNE, Juan Carlos. *La ejecutoriedad del acto administrativo*. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1971, pp. 21 y ss.

62 MORÓN, Juan Carlos. *Nueva Ley del Procedimiento Administrativo general*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 404.

63 CASSAGNE, Juan Carlos. *Óp. cit.*, p. 21.

c) El principio de la ejecutoriedad: Es un típico privilegio “hacia afuera” que habilita a los órganos que ejercen la función materialmente administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, apelando excepcionalmente al uso de la coacción dentro de los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico. El principio de la ejecutoriedad admite dos subespecies importantes: a) la que se opera en sede administrativa por su propia virtualidad o por disposición de una norma sin apelar al uso de la coacción y b) la facultad de ejecutar en forma coactiva el acto por parte de los órganos que ejercen la función materialmente administrativa, debiendo advertirse que esta prerrogativa es, en principio, excepcional en nuestro ordenamiento constitucional en virtud de que la ejecución coactiva de un acto en la persona o bienes del administrado integra el contenido de la función que la Constitución atribuye a los jueces, configurando un sistema material a favor del administrado.

En nuestra opinión, la autotutela administrativa es el instrumento técnico del que goza la Administración Pública mediante el cual se le brinda el poder actuar y ejecutar sus decisiones mediante actos administrativos, sin la necesidad de acudir a los tribunales para que estos sean quienes obliguen al destinatario del acto.

Con relación a las decisiones de la Administración, es importante señalar que estas poseen una presunción de legalidad, la cual conlleva que tengan título ejecutivo y ejecutorio. Además, en caso de resistencia a cumplir con la decisión administrativa, la Administración tampoco necesita de la intervención de los tribunales para imponer coactivamente el cumplimiento, sino que puede lograrlo a través de sus propios medios coactivos o de ejecución forzosa. Esto determina que en caso los administrados discrepen y se opongan a las decisiones de la Administración, sean estos los que busquen acudir al órgano jurisdiccional con el fin de lograr la paralización del acto, la anulación, que se les reestablezca la situación jurídica previa a dicho acto, o que se les repare las lesiones patrimoniales o morales provocadas por dicha actuación.

Es importante señalar que la autotutela, si bien busca salvaguardar y dotar de eficacia a la función esencial de la Administración Pública, es objeto de limitaciones contenidas en la Constitución Política del Perú y en el ordenamiento jurídico en su conjunto, además que podrá ser objeto de variaciones o limitaciones futuras si es que el legislador lo considera pertinente<sup>64</sup>. El principio de

64 Según el Informe Defensorial N° 121, p. 21: “La autotutela es necesaria para el funcionamiento, eficiencia y efectividad de todo procedimiento administrativo. Asimismo, en la práctica, confiere un gran poder a la Administración, que no sólo conoce las reglas, sino también, por lo general, el derecho que ampara o debe amparar sus decisiones. Se trata de un poder que debe ser ejercido en función de límites impuestos por la Constitución y el ordenamiento jurídico en su conjunto, y con respeto, por supuesto, de los derechos fundamentales”.

autotutela comprende entre sus variantes la denominada autotutela declarativa y la llamada autotutela ejecutiva.

### 3.1.1. Autotutela declarativa

La autotutela declarativa es aquel poder que ostenta la Administración mediante el cual crea, modifica o extingue situaciones jurídicas subjetivas por su sola necesidad sin que sea necesaria la intervención de los tribunales. Asimismo, es capaz de definir una situación jurídica que enfrente a la Administración contra un particular o resolver una controversia entre dos o más particulares.

De acuerdo a señalado por Peña<sup>65</sup>:

La ejecutividad o autotutela declarativa consiste en la declaración emanada de la Administración Pública (...) la mencionada presunción de legalidad implica postular en términos generales que todo acto administrativo ha sido dictado ajustándose a las correspondientes normas jurídicas. O sea, que por obra de la ley se presume que existe una compatibilidad sustantiva y adjetiva del acto tanto en la norma atributiva de competencia, como con el que fija los requisitos de validez y perfeccionamiento de la decisión.

### 3.1.2. Autotutela ejecutiva

El profesor García de Enterría señala que “[a]sí como la Autotutela declarativa se manifiesta en una declaración o en un acto, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de coacción frente a terceros”<sup>66</sup>.

Autores como Huapaya<sup>67</sup> señalan que:

(...) llevar hacia los hechos la actividad formal de la administración presupone entonces, pasar de un marco genérico de una manifestación de la denominada autotutela declarativa de la Administración, a un plano fáctico, o de ejecución de la declaración de voluntad realizada por la Administración es decir, a un

---

65 PEÑA, José. *Manual de derecho administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*. Vol 1-3. Primera reimpression. Caracas: Colección de Estudios Jurídicos, 2002.

66 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Óp. cit.*, p. 512

67 HUAPAYA, Ramón. *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Juristas editores, 2006, p. 649.

escenario donde se desarrollará la denominada autotutela ejecutiva de la Administración<sup>68</sup>, es decir, el ejercicio del poder de usar su propia coacción, sin necesidad de recabar el apoyo judicial.

El legislador habilita a la Administración mediante la autotutela ejecutiva, a que ejecute, a través del *uso de la coacción*, los mandatos contenidos en las decisiones que regulan las relaciones jurídicas entre la Administración y los administrados. Esta atribución de poder coactivo que posee la Administración, está amparada no solo en una presunción de legalidad sino en un marco legal existente, el cual le permite el uso de la fuerza sobre los derechos y bienes del administrado. Si la Administración actuara fuera de los márgenes concedidos por el marco legal, se estaría hablando de la existencia de una coacción ilegítima.

En el presente trabajo, no se abordará el tema referido a la coacción ilegítima, o también denominada vías de hecho administrativas, la cual se da cuando la Administración no respeta las reglas establecidas para su actuación. Este tema no será analizado debido a que tanto en el análisis como en las conclusiones del presente artículo, señalamos que las potestades y la acción coactiva que ostenta el OEFA, están amparados por actos administrativos válidos y que el procedimiento que efectúa para ejecutar dichos actos no trasgrede las normas o los principios del ordenamiento jurídico.

### 3.2. La coacción legítima

La Administración puede hacer uso de su poder para recurrir al empleo de medios de coacción legítima, bien sea para imponer la ejecución forzosa de los actos administrativos, o para actuar directa e inmediatamente sobre una situación de hecho con vistas a producir su modificación, sin que se trate de imponer el cumplimiento de un acto administrativo previo declarativo<sup>69</sup>. Es así, que podemos dividir dos supuestos respecto a la coacción legítima; el primero sería aquel referido a la denominada *ejecución forzosa* y un segundo supuesto que se denomina *coacción directa*.

---

68 La autotutela ejecutiva es reconocida ya jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, a partir de lo establecido en el Fundamento Jurídico N° 46 de la STC Exp. N° 0015-2005-PI/TC, caso "Luis Castañeda Lossio c/ Congreso de la República", sobre presunta inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley de Ejecución Coactiva.

69 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Óp. cit., p. 765.



### 3.2.1. La ejecución forzosa

La ejecutividad del acto administrativo es la potestad jurídica que se reconoce a la Administración con el fin de que ejecute los actos y operaciones necesarias para el cumplimiento de los actos administrativos declarados.

García de Enterría y Fernández<sup>70</sup> señalan que la ejecución forzosa de un acto administrativo implica llevar a su aplicación práctica, en el terreno de los hechos, la declaración que el mismo se contiene, no obstante la resistencia, pasiva o activa, de la persona obligada a su cumplimiento.

Con relación a los actos administrativos, Barcelona<sup>71</sup> señala que la característica genérica de los actos administrativos, precisamente, será su ejecutividad, es decir, su susceptibilidad de producción de efectos jurídicos en la esfera de los administrados a través de la emisión de un mandato vinculante<sup>72</sup>.

Cuando la Administración imponga mediante un acto administrativo una orden, restricción, limitación o mandato, está imponiéndole al administrado un deber jurídico obligatorio el cual deberá cumplir. El administrado podrá cumplir esta orden, restricción, limitación o mandato de manera voluntaria, pero en caso de no estar conforme con dicho acto o de plantear oposición frente a este, la Administración podrá y deberá recurrir a los mecanismos que derivan de la autotutela ejecutiva, con el fin de coaccionar y efectuar mediante ejecución coactiva el cumplimiento contenido en dicho acto.

En razón de que dichas decisiones (manifestadas mediante actos administrativos) involucran un interés público, estas gozan de los *atributos de ejecutividad y ejecutoriedad* (conocida esta última, por la *doctrina, como ejecución forzosa*), los cuales garantizan la efectividad del mismo.

Las decisiones que emitan las entidades públicas tienen como finalidad satisfacer el interés público que se encuentra involucrado, por ejemplo en el otorgamiento de un permiso, en una resolución de un conflicto de interés o en el ejercicio de la potestad sancionadora, dependiendo del tipo de procedimiento administrativo.

---

70 *Ibíd.*

71 Cf. BARCELONA, Javier. *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1995, p. 39.

72 Cf. HUAPAYA, Ramón. *Óp. cit.*, p. 651.



La ejecutividad de los actos administrativos es entendida por la doctrina de la siguiente manera:

Por ejecutividad se entiende una característica que tradicionalmente se ha considerado propia de todo acto administrativo, en tanto manifestación de una potestad o atribución pública, como es la de ser plenamente eficaz y constitutivo de las situaciones jurídicas por él definidos desde el momento mismo de su emisión sin que la oposición del particular –a través de los medios impugnatorios que la ley pudiera habilitar– pueda impedirlo, sin perjuicio de lo que en sede jurisdiccional se pueda disponer<sup>73</sup>.

En el mismo sentido, Bandeira de Mello<sup>74</sup>, señala lo siguiente con respecto a la *exigibilidad* y la *ejecutoriedad*:

*“La exigibilidad (conocida también como ejecutividad): Es la cualidad en virtud de la cual el Estado, en el ejercicio de la función administrativa, puede exigir de terceros el cumplimiento, la observación, de las obligaciones que impuso (...). La exigibilidad es el atributo del acto por el cual se refuerza a la obediencia, a la atención de la obligación ya impuesta. (...) [Mientras, por otro lado] La ejecutoriedad: Es la cualidad por la cual el poder público puede obligar materialmente al administrado al cumplimiento de la obligación que impuso y exigió. Asimismo, obsérvese que tanto la exigibilidad como la ejecutoriedad tienen como característica el hecho de imponerse sin necesidad de que la administración vaya a juicio, como si se daría en el caso de un acto de particular (la cursiva es nuestra).*

Por su parte, Morón<sup>75</sup>, señala lo siguiente:

Como conocemos, del acto administrativo derivan dos efectos referidos a la vinculación de los sujetos obligados a su cumplimiento: la *ejecutividad*, que es un atributo de eficacia (cualidad material), y la *ejecutoriedad*, que está referida al atributo de coaccionar la voluntad de los demás para concretar su realización (cualidad instrumental). La denominada ejecutividad del acto administrativo alude al común atributo de todo acto administrativo de ser eficaz, vinculante o exigible, por contener una decisión, declaración o una certificación de la autoridad pública. En este sentido, *la ejecutividad equivale a la aptitud que poseen los actos administrativos* –como cualquier acto de autoridad– para producir frente a terce-

73 TIRADO, José Antonio. *Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva*. Primera edición. Lima: Jurista Editores, 2006, p. 29.

74 BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de derecho administrativo*. LABRAÑA, Valeria (traductora). Primera edición. México: 2006, p. 359.

75 MORÓN, Juan Carlos. “La nueva dimensión constitucional de la ejecutividad administrativa: reflexiones necesarias a partir de la STC N° 0015-2005-PI/TC”. *Palestra Constitucional*. N° 1, 2006, pp. 357-358.

ros las consecuencias de toda clase que conforme a su naturaleza debe producir, dando nacimiento, modificando, extinguiendo, interpretando o consolidando la situación jurídica o derechos de los administrados (...). Por otro lado, *la ejecutoriedad de los actos administrativos* puede ser definido como “una especial manifestación de la eficacia de los mismos, por lo cual ello, cuando imponen deberes y restricciones a los particulares, pueden ser realizados aun en contra su voluntad por los órganos directos de la administración, sin que sea necesaria la previa intervención de la acción declarativa de los órganos jurisdiccionales” (la cursiva es nuestra).

En consecuencia, la ejecutoriedad de los actos administrativos constituye una manifestación de las potestades que derivan del principio de autotutela ejecutiva, es decir, la facultad de disponer el cumplimiento de asuntos que han sido previamente resueltos por la Administración Pública sin intervención judicial previa, de manera tal, que todos los actos administrativos pueden ser objeto de ejecución forzosa, salvo que una ley los excluya u obligue a acudir al Poder Judicial.

El Artículo 192º de la LPAG, precisa al respecto lo siguiente: “Artículo 192º.- Ejecutoriedad del acto administrativo. Los actos administrativos tendrán *carácter ejecutorio*<sup>76</sup>, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley”.

Por lo tanto, resulta pertinente comentar que *todo acto administrativo tiene carácter ejecutorio, salvo que exista alguna disposición legal en contrario, mandato judicial o se encuentren sujetos a condición o plazo, tal como lo dispone el Artículo 192º de la LPAG*. Los actos administrativos –menos aquellos expresamente establecidos por ley– son ejecutorios, vale decir, que su emisión obliga al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad. Esta cualidad de los actos administrativos se aplica a todos los que se expiden. De esta manera, la decisión administrativa se beneficia de una presunción de legalidad que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obedecer alguna sentencia declarativa previa. Esta presunción de legalidad es la que produce efecto desde el día que se dicten los actos administrativos. Más aún, si existiera una sentencia que pone fin a este acto, no se suspenden los efectos ya producidos y la ejecución subsiguiente del acto recurrido.

---

76 Sobre esta disposición se ha señalado, que “los actos administrativos tienen el atributo de constituir auténticos títulos jurídicos, con plena suficiencia y que tienen fuerza obligatoria, por lo que se bastan a sí mismos. Es decir, que no requieren la declaración confirmatoria o ratificatoria de otra autoridad pública distinta a los que los produce para tener plena validez jurídica –valga decir, para crear, modificar o extinguir derechos e imponer obligaciones–”. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “El procedimiento administrativo a los 100 años de entrada en vigencia de la LPAG”. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N° 67, pp. 360-380.

Así lo explica, claramente, Rizo<sup>77</sup> cuando analiza la naturaleza ejecutoria del acto administrativo:

(...) la Administración Pública aparece investida de los poderes necesarios para realizar por sí misma la Autotutela de su derecho, y para ello declara por sí misma cuál es su derecho, de donde el carácter obligatorio del acto administrativo; y *procede a ejecutar por sus propios medios y contra la voluntad de los obligados, lo que previamente ha declarado*. El acto administrativo es ejecutivo; y ejecutivo es lo que tiene fuerza de ejecución y ejecutorio es lo que por sí mismo es ejecutivo, circunstancias ambas que cuadran al acto administrativo. En efecto, producido el acto administrativo, tiene virtualidad ejecutiva; es decir, ha de cumplirse y no espera ni permite que se difiera a otro tiempo la ejecución. El acto administrativo es, pues, ejecutivo y ejecutorio; siendo claro que lo ejecutivo es una cualidad sustancial y lo ejecutorio es meramente instrumental. Por ello, si bien *la ejecutoriedad requiere fuerza de ejecución*, no presupone la originaria existencia de la ejecutividad, ni la ejecutividad lleva necesariamente aparejada la ejecutoriedad. Si ambas coinciden en el acto administrativo es por la necesidad de dejar a salvo de interferencias el cumplimiento de las resoluciones que afectan a los intereses públicos y el principio de la independencia de los diversos Poderes del Estado.

Asimismo, con respecto a este tema es pertinente resaltar el segundo párrafo del fundamento 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06269-2007-PA/TC, el cual precisa que:

La cobranza coactiva es una de las manifestaciones de la Autotutela ejecutiva de la que gozan algunas entidades administrativas, por lo que éstas se encuentran facultadas para ejecutar el cobro coactivo de deudas exigibles (sean tributarias o no). Tal como lo indicó este Tribunal Constitucional en el fundamento 46 de la STC 0015-2005-AI/TC, la facultad de autotutela de la Administración Pública de ejecutar sus propias resoluciones –como sucede en el caso del procedimiento de ejecución coactiva– se sustenta en los principios de presunción de legitimidad y de ejecución de las decisiones administrativas, lo que también implica la tutela de los derechos fundamentales de los administrados que puedan verse amenazados o vulnerados por la actividad de la Administración, como son los derechos al debido procedimiento y a la tutela judicial efectiva<sup>78</sup>.

---

77 RIZO, Armando. *Manual elemental de derecho administrativo*. Tomo I. León: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, 1991, p. 434.

78 Dicha sentencia puede consultarse en la siguiente página web: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06269-2007-AA%20Resolucion.pdf>>

Queda claro entonces, que la ejecutoriedad<sup>79</sup> del acto administrativo se refiere al poder que tiene la Administración para coaccionar a los administrados a cumplir con lo ordenado, mientras que la ejecutividad del acto se refiere a su obligatoriedad o exigibilidad del mismo como tal. Por tanto, ambos atributos son una manifestación de la potestad de autotutela de la Administración que garantiza la protección del interés público mediante la declaración del derecho aplicable al caso concreto y el ejercicio del poder de coacción.

### 3.2.1.1. Características de la ejecución forzosa de los actos administrativos

- a) Constituye la ejecución de una obligación previamente establecida en un acto administrativo.- La ejecución forzosa presupone la existencia de un acto administrativo previo, el cual deberá contar con algún elemento de probanza que certifique su existencia. Además este acto deberá delimitar de forma inequívoca su contenido y alcance, así como también a quien se encuentra dirigido. El acto administrativo deberá ser expreso, y deberá contener obligaciones específicas individualizadas hacia el administrado sobre el cual recae.
- b) La ejecución deberá estar destinada a realizar la obligación que del acto resulta, sin innovarla ni sustituirla.- La ejecución forzosa esta intrínsecamente relacionada con el acto administrativo previamente emitido. La ejecución forzosa es la continuación del acto ejecutado, motivo por el cual deberá limitarse a lo que ya ha sido impuesto en el acto administrativo.
- c) La ejecución forzosa no requiere la firmeza del acto administrativo.- En cuando a los actos administrativos, estos gozan de una presunción de validez, la cual se encuentra recogida en el Artículo 9º de la LPAG. Por lo tanto, podemos señalar que las decisiones de la Administración poseen una presunción *iuris tantum*, que permite que la Administración imponga la ejecución forzosa. Cabe señalar que esta presunción de validez se encuentra supeditada a la notificación del acto administrativo.

---

<sup>79</sup> Sobre este tema (ejecutoriedad) se ha señalado lo siguiente: “en ejercicio de la potestad de Autotutela ejecutiva, existe la posibilidad que la administración pública haga cumplir sus propias decisiones –materializar las consecuencias de las mismas, incluso de manera forzosa, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios, en principio–, sin necesidad de la colaboración de otra autoridad pública (potestad de ejecutoriedad). Esta ejecutoriedad es propia de los actos administrativos que imponen deberes y obligaciones positivas o negativas, cuyo cumplimiento puede no ser voluntariamente realizado o aceptado por el destinatario del obligado”. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “El procedimiento administrativo a los 100 años de entrada en vigencia de la LPAG”. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N° 67, pp. 360-380. Lima.

### 3.2.1.2. Requisitos y modalidades de la ejecución forzosa

En la legislación peruana se han establecido clara y taxativamente los requisitos que debe cumplir el acto administrativo para que sea materia de ejecución forzada. Dichos requisitos son contemplados por el Artículo 194º de la LPAG, el cual señalamos a continuación:

#### Artículo 194º.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

1. Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la entidad.
2. Que la prestación sea determinada por escrito de modo claro e íntegro.
3. Que tal obligación derive del ejercicio de una atribución de imperio de la entidad o provenga de una relación de derecho público sostenida con la entidad.
4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.
5. Que no se trate de acto administrativo que la Constitución o la ley exijan la intervención del Poder Judicial para su ejecución.
6. En el caso de procedimientos trilaterales, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 713 inciso 4) del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 28494, una vez que el acto quede firme o se haya agotado la vía administrativa.

En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a las partes involucradas.

Asimismo, también se estipulan los medios por los cuales la Administración puede ejecutar forzosamente aquellos actos administrativos que cumplan con los requisitos antes mencionados. Los medios de ejecución forzosa que se estipulan son los siguientes:

#### Artículo 196.1º.- Medios de ejecución forzosa<sup>80</sup>

Los medios de ejecución forzosa por la entidad se efectuarán respetando siempre el principio de razonabilidad, por los siguientes medios:

80 Sobre esta disposición se ha señalado, que: "El incumplimiento voluntario de las consecuencias derivadas de la declaración jurídica contenida en el acto administrativo, bien sea ello producto de una conducta expresa o de resistencia o impugnación, así como producto de una conducta omisiva, que simple y deliberadamente no cumple con lo resuelto, conduce a la activación de los mecanismos de ejecución forzosa contemplados en el ordenamiento jurídico, para llevar a fiel cumplimiento lo dispuesto en el acto administrativo.

- a) Ejecución coactiva
- b) Ejecución subsidiaria
- c) Multa coercitiva
- d) Compulsión sobre las personas

### 3.2.1.3. La ejecución coactiva de acuerdo al TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva

Una de las modalidades de la ejecución forzosa de los actos administrativos es la denominada ejecución coactiva. Para el caso peruano, el TUO de la Ley N° 26979 - Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva<sup>81</sup> establece de manera exhaustiva la regulación sobre esta modalidad de ejecución forzosa de los actos administrativos.

La ejecución coactiva es el procedimiento a través del cual la Administración busca satisfacer una obligación de dar, hacer o no hacer incumplida por el sujeto administrado y que conforme a la regulación actualmente vigente, puede resumirse en dos grandes categorías: el cobro de una suma de dinero y la ejecución de tareas de demolición, reparación, clausura o construcción ordenadas por ley. *El procedimiento de ejecución coactiva nace como una manifestación de la autotutela de la Administración*, en el sentido que es el procedimiento que utilizan las entidades de la Administración Pública para hacer efectivo las decisiones que estas emiten a los administrados.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en cuanto a este instituto, ha señalado, en el fundamento 4 de la Sentencia 0774-1999-AA/TC, que:

(...) el procedimiento de ejecución coactiva es la facultad que tienen algunas entidades de la Administración Pública para hacer cumplir actos administrativos emitidos por la misma Administración es decir, [que] las obligaciones exigibles deben provenir de materias propias de las funciones que cada entidad tiene,

---

No obstante, hay que mencionar que uno de los dos puntos donde la regulación presenta una notable deficiencia se encuentra relacionado con los modos de ejecución forzosa de los actos administrativos.

*En el caso de que las personas obligadas se resistan a cumplir voluntariamente el acto administrativo, la ley, aparte de reconocer –aunque no la desarrolla– la ejecución impropia en vía jurisdiccional, solamente contempla dos posibilidades. Una es la ejecución indirecta por un sujeto distinto del obligado –ya sea la propia administración o un tercero– y la otra es la imposición de las sanciones o de multa”* (la cursiva es nuestra). HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. Óp. cit., pp. 360-380.

81 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de setiembre de 1998.

basadas en el reconocimiento que cada ley especial ha considerado para cada Administración, o sea, siempre dentro de un marco normativo (...) <sup>82</sup>.

En el procedimiento de ejecución coactiva encontramos un aspecto subjetivo y objetivo. *En el primero, se precisan qué tipo de organismos administrativos pueden recurrir al procedimiento de ejecución coactiva, de sus acreencias y/o obligaciones de hacer o no hacer y qué funcionarios son los encargados de tramitar el procedimiento. En cuanto al segundo, el carácter objetivo, está dado por: 1) la naturaleza pública de las deudas y de las obligaciones de hacer y no hacer susceptibles de ejecución pública y 2) la necesidad de un acto administrativo previo o título ejecutivo de la obligación.*

En forma adicional, el Numeral 9.1 del Artículo 9º del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva agrega en el concepto de obligación exigible en vía coactiva al administrado lo siguiente:

Artículo 9.- Exigibilidad de la Obligación

9.1 Se considera obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo emitido conforme a ley, debidamente notificado *y que no haya sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o en el que hubiere recaído resolución firme confirmando la obligación (...)* (la cursiva es nuestra).

El precepto legal en mención, establece como una obligación exigible coactivamente, aquella consentida en primera instancia o la emitida en segunda instancia administrativa, sin hacer referencia alguna a la demanda contencioso administrativa.

En similar sentido, se pronuncia Tirado <sup>83</sup> al señalar que:

(...) como regla general para la determinación de las obligaciones que pueden ser objeto de ejecución coactiva se puede señalar que solo podrán serlo aquellas que se encuentran establecidas en un acto administrativo que no ha sido objeto de impugnación o, habiéndolo sido, se encuentran determinadas por un acto administrativo emitido por la última instancia competente. *Es decir, solo pueden ser objeto de este mecanismo de ejecución forzosa aquellos actos administrativos que ya no pueden ser objeto de cuestionamiento o impugnación en sede administrativa.*

Sobre esto último, afirma, citando a Danós, que: “Esto puede deberse a que el acto administrativo no fue impugnado oportunamente adquiriendo en conse-

---

82 Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00015-2005-AI, fundamento 41.

83 TIRADO, José Antonio. Óp. cit., p. 29.



cuencia, la calidad de consentido o porque se trata de un acto administrativo que ha sido dictado por el órgano de última instancia en el procedimiento legalmente establecido y ya no puede ser objeto de impugnación en sede administrativa”.

Una vez que el acto administrativo que servirá de título para la ejecución coactiva, *resulta inimpugnable en sede administrativa*, el funcionario competente –el ejecutor coactivo– deberá comunicar al administrado responsable del cumplimiento obligatorio de aquella bajo apercibimiento de dictarse una medida cautelar o proceder a su ejecución coactiva.

### 3.2.1.3.1. Inicio del procedimiento de ejecución coactiva

El TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva desarrolla en su Artículo 14º los requisitos que deben cumplirse para dar inicio al procedimiento de ejecución coactiva per se:

Artículo 14.- Inicio del Procedimiento

14.1 *El Procedimiento se inicia con la notificación al Obligado de la Resolución de Ejecución Coactiva, la que contiene un mandato de cumplimiento de una Obligación Exigible conforme el artículo 9º de la presente Ley; y dentro del plazo de siete (7) días hábiles de notificado, bajo apercibimiento de dictarse alguna medida cautelar o de iniciarse la ejecución forzada de las mismas en caso de que éstas ya se hubieran dictado en base a lo dispuesto en el artículo 17 de la presente Ley.*

14.2 *El Ejecutor Coactivo sólo podrá iniciar el procedimiento de ejecución coactiva cuando haya sido debidamente notificado el acto administrativo que sirve de título de ejecución, y siempre que no se encuentre pendiente de vencimiento el plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente y/o haya sido presentado por el Obligado dentro del mismo” (la cursiva es nuestra).*

*Por tanto, solo aquellos actos administrativos que cumplen con los presupuestos expresamente establecidos en el Artículo 194º<sup>84</sup> de la LPAG pueden ser objeto de ejecución forzosa. En este sentido, para que una obligación sea exigible coactivamente, mediante la modalidad de ejecución coactiva, no debe haber sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o debe haber recaído sobre ella resolución firme confirmando la obligación.*

---

84 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 194º.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:



Para el inicio del procedimiento de ejecución coactiva, es necesario que el acto administrativo que sirve de título de ejecución se encuentre debidamente notificado y no se encuentre pendiente el vencimiento del plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente o que no haya sido presentado el recurso administrativo dentro del plazo.

En tal sentido, podemos afirmar que para que los actos administrativos sean exigibles coactivamente, en primer orden deben haber quedado consentidos cuando se trata de actos de primera instancia administrativa o, en su defecto, deben haber sido confirmados en segunda instancia administrativa. Asimismo, para iniciar el procedimiento de ejecución coactiva el acto administrativo que sirve de título de ejecución, debe haber sido debidamente notificado y no debe encontrarse pendiente el vencimiento del plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente o, en su defecto, no debe haber sido presentado el recurso dentro del plazo.

Es necesario señalar que la ejecutoriedad de los actos administrativos está supeditada a los plazos para la interposición de recursos impugnatorios en el ámbito administrativo (recurso de reconsideración, apelación o revisión), mas no en el judicial como es el caso de la demanda contencioso administrativa u otras análogas.

En ningún caso, ni para considerar que un acto administrativo es materia de ejecución forzada ni que una obligación es exigible coercitivamente o para determinar el inicio de la ejecución coactiva, es requisito que el ejecutor coactivo deba esperar al vencimiento del plazo para la interposición de la demanda contencioso administrativa. Más aún, *el Artículo 14º del TUO de la Ley de Pro-*

- 
1. Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la entidad.
  2. Que la prestación sea determinada por escrito de modo claro e íntegro.
  3. Que tal obligación derive del ejercicio de una atribución de imperio de la entidad o provenga de una relación de derecho público sostenida con la entidad.
  4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.
  5. Que no se trate de acto administrativo que la Constitución o la ley exijan la intervención del Poder Judicial para su ejecución.
  6. En el caso de procedimientos trilaterales, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 713 inciso 4) del Código Procesal Civil,(2) modificado por la Ley N° 28494, una vez que el acto quede firme o se haya agotado la vía administrativa.

En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a las partes involucradas.

*cedimiento de Ejecución Coactiva señala que el procedimiento de ejecución coactiva se inicia con la notificación al obligado de la resolución de tal ejecución que contiene el mandato de cumplimiento de la obligación exigible dentro del plazo de siete (07) días hábiles de notificado, plazo luego del cual el ejecutor coactivo queda automáticamente habilitado a dictar medidas cautelares o iniciar la ejecución forzada de aquellas impuestas según el Artículo 17º del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.*

En efecto, se da inicio al procedimiento de ejecución coactiva tal como lo ordena el Artículo 14º concordado con el Numeral 17.1 del Artículo 17º del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva que establece que *vencido el plazo de siete (07) días hábiles a que se refiere el Artículo 14º, sin que el obligado haya cumplido con el mandato contenido en la resolución de ejecución coactiva*, el Ejecutor podrá disponer se aplique cualquiera de las medidas cautelares establecidas en el Artículo 33º del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva o, en su caso, mandará a ejecutar forzosamente la obligación de hacer o no hacer.

### **3.2.1.3.2. Suspensión del procedimiento de ejecución coactiva de acuerdo al TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva**

En el caso del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva se establece la *suspensión* del procedimiento de ejecución coactiva, hecho que de por sí determina la preexistencia de un procedimiento de ejecución coactiva iniciado o en trámite. Al respecto, el Literal e) del Artículo 16º del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva establece lo siguiente:

Artículo 16º.- Suspensión del procedimiento

- 16.1 Ninguna autoridad administrativa o política puede suspender el Procedimiento, con excepción del Ejecutor Coactivo que deberá hacerlo, bajo responsabilidad, cuando: (...)
- e) Se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión o *demanda contencioso-administrativa presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución*, o contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el artículo 18, numeral 18.3, de la presente Ley (...)" (la cursiva es nuestra).

El precepto legal citado, resulta de aplicación en aquellos casos en los que, una vez iniciado el procedimiento de ejecución coactiva, se configuren algunos de los supuestos previstos en forma expresa. Más aun, de una lectura detallada del referido numeral, observamos que nos encontramos ante dos supuestos distintos de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva:

- (i) Cuando se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión; o
- (ii) Cuando la demanda contencioso administrativa sea *presentada* dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución.

La lectura del Literal e) del Artículo 16º es absolutamente coherente con lo dispuesto por el Artículo 14º del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, en tanto aquel recoge como condición para suspender el procedimiento de ejecución coactiva que “no se encuentre pendiente de vencimiento el plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente y/o haya sido presentado por el obligado dentro del mismo” –entendiéndose como interposición de recurso administrativo a los recursos de reconsideración, apelación o revisión–; agregando una situación distinta y particular para la suspensión de dicho procedimiento referida a la presentación de la demanda contencioso administrativa, haciendo hincapié en que la suspensión por dicha causal solo se producirá con posterioridad a la presentación de la citada demanda dentro del plazo de ley (tres meses), constituyéndose como prueba de ello el cargo de su presentación. Vale decir, que la interposición de la demanda contencioso administrativa y la remisión al ejecutor coactivo de la prueba de que esto se ha realizado, es el único mecanismo que detendrá o suspenderá el procedimiento de ejecución coactiva una vez que el ejecutor así lo determine.

En esta línea de argumento, el Numeral 16.3 del Artículo 16º del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva establece que “[e]l Obligado podrá solicitar la suspensión del Procedimiento siempre que se fundamente en alguna de las causales previstas en el presente artículo, *presentando al Ejecutor las pruebas correspondientes*” (la cursiva es nuestra).

Si el administrado presenta medio probatorio (el cargo de presentación de la demanda ante el Poder Judicial) que demuestre que presentó demanda contencioso administrativa dentro del plazo, el ejecutor coactivo deberá proceder con la suspensión.

### **3.2.1.3.3. Suspensión por efecto de la revisión judicial**

Este proceso tiene por objeto, que se verifique en sede judicial si se han respetado las disposiciones previstas por la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

En el Artículo 23º del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva se regula la revisión judicial de dicho procedimiento. En dicho precepto legal,

se establece que el proceso de revisión judicial solo procederá cuando se hubieran ordenado medidas de embargo y/o después de concluido el procedimiento de ejecución coactiva.

Si bien la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva no lo establece expresamente, *la consecuencia de amparar la demanda de revisión de legalidad es sin duda, que el procedimiento de ejecución coactiva sea declarado nulo*, debido a la infracción de normas procedimentales contenidas en dicha ley.

En este sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en la Sentencia recaída en el Expediente N° 501-2010, ha indicado que: “la inobservancia en la formalidad de la notificación, prevista por ley, así como las irregularidades advertidas en el Procedimiento de Ejecución Coactiva, evidencian la transgresión de las disposiciones establecidas en la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, generando dichas inobservancias la nulidad del procedimiento”.

*El citado proceso, que establece el Régimen General, se inicia con la sola presentación de la demanda de revisión judicial el cual suspenderá automáticamente la tramitación del procedimiento de ejecución coactiva hasta la emisión del correspondiente pronunciamiento de la Corte Superior, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 16, numeral 16.5 de la presente Ley. Es decir, suspendido el proceso, se procederá al levantamiento de las medidas cautelares.*

En caso la Corte Superior no emita la respectiva resolución al término de los sesenta (60) días hábiles desde la presentación de la demanda, se mantendrá la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva, inclusive durante el trámite del recurso de apelación ante la Corte Suprema a que se refiere el numeral 23.8, siempre que el demandante a su elección, presente en el proceso póliza de caución, carta fianza irrevocable, incondicional y de ejecución inmediata, emitida por un Banco local de primer orden a nombre de la entidad acreedora por el importe de la obligación renovable cada seis (6) meses; o efectúe la consignación del monto exigido ante el Banco de la Nación, a nombre de la Corte Superior de Justicia. La ejecución de la póliza de caución, carta fianza o la entrega al Ejecutor Coactivo de los fondos consignados sólo procederá cuando medie orden judicial expresa.

#### Artículo 23.- Revisión judicial del procedimiento

(...) 23.2 El proceso de revisión judicial será tramitado mediante el proceso contencioso administrativo de acuerdo al proceso sumarísimo previsto en el artículo 24 de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el presente artículo (...).

Tal como se puede apreciar, la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva establece la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución coactiva con la sola presentación de una demanda de revisión judicial, sin necesidad de ofrecer ningún tipo de garantía adicional.

#### **3.2.1.4. La suspensión del proceso de ejecución coactiva de acuerdo a la Ley N° 30011**

Para el caso del OEFA las reglas para acceder a la suspensión de los procesos de ejecución coactiva de sus decisiones se encuentran reguladas en el Artículo 20-A de la Ley N° 29325 –ley modificada por la Ley N° 30011– que establece lo siguiente:

Artículo 20-A.- Ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA

La sola presentación de una demanda contencioso-administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) (...).

Tal como lo señala Morón, la calidad de normas generales de las disposiciones del procedimiento administrativo, implica la existencia de un conjunto de principios, técnicas y preceptos de uniforme acatamiento por todas las entidades públicas a las cuales comprende. Pero, a la vez, este carácter general permite que cedan su lugar frente a normas especiales que concurren para el mismo supuesto, quedando desplazadas a un rol supletorio.

En este sentido, la norma especial aplicable al OEFA establece que *la sola presentación de una demanda de cualquier tipo no es razón suficiente para suspender un procedimiento de ejecución coactiva*. En dicho contexto, es posible afirmar que la interposición de una demanda de revisión judicial no tiene la fuerza vinculante por si sola para suspender dicho procedimiento.

En base al análisis efectuado, se debe tomar en consideración lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 20-A de la Ley N° 29325 en cuanto dispone:

Artículo 20-A.- Ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA

(...)

Sin perjuicio de los requisitos y demás regulaciones establecidas en el Código Procesal Civil en materia de medidas cautelares, cuando el administrado, en cualquier tipo de proceso judicial, solicite una medida cautelar que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas, incluso aquellas dictadas dentro del procedimiento de ejecución coactiva o que

tengan por objeto limitar cualquiera de las facultades del OEFA previstas en la presente Ley y normas complementarias, son de aplicación las siguientes reglas:

- a) Para admitir a trámite las medidas cautelares, los administrados deben cumplir con presentar una contracautela de naturaleza personal o real. En ningún caso el juez puede aceptar como contracautela la caución juratoria.
- b) Si se ofrece contracautela de naturaleza personal, esta debe consistir en una carta fianza bancaria o financiera a nombre del OEFA, de carácter irrevocable, incondicional, de ejecución inmediata y sin beneficio de excusión, otorgada por una entidad de primer orden supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
- c) Dicha garantía debe tener una vigencia de doce meses renovables y ser emitida por el importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar.
- d) La carta fianza debe ser renovada y actualizada, en tanto se mantenga vigente la medida cautelar, dentro de los veinte días hábiles previos a su vencimiento, de acuerdo al monto de la deuda acumulada a la fecha de su renovación. En caso de que no se renueve la carta fianza o no se actualice su importe en el plazo antes indicado, el juez procede a su ejecución inmediata.
- e) Si se ofrece contracautela real, esta debe ser de primer rango y cubrir el íntegro del importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar.
- f) El OEFA se encuentra facultado para solicitar a la autoridad judicial que se varíe la contracautela, en caso de que esta haya devenido en insuficiente con relación al monto concedido por la generación de intereses. El juez debe disponer que el solicitante cumpla con la adecuación de la contracautela ofrecida.
- g) En aquellos casos en los que se someta a revisión del órgano judicial competente la legalidad y el cumplimiento de las normas previstas para el inicio y trámite del procedimiento de ejecución coactiva mediante demanda de revisión judicial regulada en la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, la ejecución coactiva solo es suspendida si el cumplimiento de la obligación es garantizado mediante contracautela, la que debe cumplir con iguales requisitos a los señalados en los incisos precedentes.

Es pertinente señalar que, con respecto a la suspensión de la medida cautelar por revisión judicial en el caso de OEFA, por aplicación directa del Artículo 20-A de la Ley 29325, modificada por la Ley N° 30011, se señala que *la sola presentación de una demanda de cualquier tipo no es razón suficiente para suspender un procedimiento de ejecución coactiva*. En dicho contexto, es posible afirmar que la interposición de una demanda de revisión judicial no tiene la fuerza vinculante por sí sola para suspender dicho procedimiento. En realidad, se establece que *la sola presentación de una demanda de cualquier tipo no es razón suficiente para suspender un procedimiento de ejecución coactiva*.

### 3.2.2. Coacción directa

La coacción directa es un mecanismo de coacción legítima al cual no se le ha prestado atención<sup>85</sup>. Puede subsumirse a la figura de la compulsión sobre las personas, la cual está señalada en el Artículo 200<sup>o</sup> de la LPAG, pero su falta de título formal constituiría una excepción a la regla general de actuación coactiva de la Administración.

La coacción directa se constituye en una actuación temporal, forzada por las circunstancias excepcionales. La competencia para actuarla debe estar prevista en la ley, así como en el fin al cual obedece<sup>86</sup>.

### 3.3. Tutela cautelar

La tutela cautelar parte de la tutela jurisdiccional efectiva, siendo este el principio rector mediante el cual el Estado garantice a aquel que vea vulnerado su derecho pueda acudir ante un tercero, con el fin que este haga respetar su derecho.

Cassagne<sup>87</sup> señala que “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público”.

85 HUAPAYA, Ramón. Óp. cit., p. 672.

86 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Óp. cit., p. 775

87 CASSAGNE, Juan Carlos. Las medidas cautelares en el contencioso administrativo.LL, 2001-B, 1090. En rigor, GONZÁLEZ señala que “la esencia del Derecho Administrativo radica en una perfecta ecuación entre la prerrogativa y la garantía. Si el interés público exige que las entidades a las que se encomienda su realización desborden los moldes clásicos del Derecho común y adopten una posición de supremacía respecto de las personas que con ellas se relacionan, para que este régimen de prerrogativa no desemboque en la injusticia, es necesario que vaya indisolublemente unido a un perfecto sistema de garantías”. En GONZÁLEZ Jesús. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Madrid: Civitas, 1998, p. 2024.



El Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha señalado que la tutela cautelar, la cual se encuentra recogida de forma implícita en el Artículo 139<sup>o</sup>, Inciso 3 de la Constitución Política del Perú<sup>88</sup>, tiene como función “el aseguramiento provisional de los efectos de las decisiones jurisdiccionales definitivas y neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso a la par que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>89</sup>”.

De acuerdo a lo señalado por Granados y Villa,<sup>90</sup> “en los procesos contencioso administrativos, la concesión de una medida cautelar implica la relativización del privilegio de la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, esto es, de su presunción de validez<sup>91</sup>, y con ello, la posible afectación de los bienes jurídicos que a través de dichos actos se intentaba proteger”.

Simón<sup>92</sup> señala que el proceso cautelar se configura como el conjunto de actos originados en una pretensión de igual naturaleza (cautelar, provisional o pre-

---

88 “No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta e imposible cumplimiento la decisión adoptada”. Cf. Sentencia de 27 de noviembre del 2005, fundamento jurídico 49 del expediente N° 0023-2005-PI/TC

89 Sentencia del 10 de agosto del 2012, fundamento jurídico 7, del expediente N° 0295-2011-Q/TC, voto de los magistrados Mesía Ramírez y Eto Cruz.

90 GRANADOS, Milagros y Francisco VILLA: “Constitucionalidad de las disposiciones orientadas a fortalecer la fiscalización ambiental contenidas en la Ley N° 30011”. En GÓMEZ, Hugo (editor). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 2013, p. 56.

91 DE LA SIERRA, Susana. *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo*. Thomson Aranzadi. Navarra: 2004, p. 126

92 SIMÓN, Ramiro. *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 61. En igual sentido, KIELMANOVICH sostiene que “concebimos al proceso cautelar como aquel que tiene por objeto una verdadera pretensión cautelar (...) entendemos que se trata de un proceso que goza conceptualmente de autonomía, por su peculiar estructura, grado de conocimiento diferenciado y particular impuesto para la adopción de las medidas cautelares (...) la pretensión cautelar es autónoma por su propia naturaleza y porque no se confunde con la pretensión objeto del proceso contencioso o con la petición del objeto extracontencioso, sino que se trata de una pretensión, o si se quiere acción, diversa de la pretensión o petición actuada en el proceso principal, llamada a tener una virtualidad provisoria, por más que pueda mediar alguna coincidencia entre el bien de la vida aprehendido en una y otra”. En KIELMANOVICH, Jorge L. *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 20 y 49.



cautoria), que tienden en forma coordinada y progresiva hacia el dictado de una resolución judicial que garantice la tutela judicial efectiva, posibilitando el ulterior cumplimiento de la sentencia de mérito a recaer en otro proceso, de conocimiento o ejecución.

Por otro lado, conforme a lo señalado por Palacio<sup>93</sup> el proceso cautelar “es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”.

El objetivo de una medida cautelar es asegurar que durante el transcurso del proceso no se perjudique o agrave el menoscabo sufrido, puesto que en caso de no resguardar dicho derecho, la sentencia que se dicte durante el proceso podría resultar en ineficaz.

En este entendimiento, Calamandrei<sup>94</sup> explica que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismo. Por tal motivo, este autor entiende que la cautelar es provisoria en el fin.

La tutela cautelar establece el derecho que tiene un individuo de solicitar la aplicación de medidas cautelares, buscando proteger sus intereses. Este principio se encuentra en el Artículo 139<sup>o</sup>, Inciso 3 de la Constitución Política del Perú:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

La finalidad de la tutela cautelar es garantizar la eficacia del proceso principal, es decir, busca que la sentencia con la cual se concluya el proceso despliegue todos sus efectos.

---

93 PALACIO, Lino. *Manual de derecho procesal civil*. Décimo cuarta edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, pp. 773-774.

94 CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. En AYERRA, Marino. Buenos Aires: El Foro, 1996, p. 40.

Dentro de la LPAG las medidas cautelares se encuentran en el Artículo 146º de la LPAG:

Artículo 146.- Medidas cautelares

- 146.1 Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.
- 146.2 Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.
- 146.3 Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.
- 146.4 No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados (...)"

En el caso del proceso contencioso administrativo, el Artículo 35º de la Ley N° 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo<sup>95</sup>, remite a las normas del código procesal civil, en cuanto a lo referido a las medidas cautelares, además de normar los requisitos, los cuales consideramos que se complementan con las normas señaladas por el Código Procesal Civil.

Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584

Artículo 35.- Oportunidad

La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva.

*Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley (la cursiva es nuestra).*

Artículo 36.- Requisitos

La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que:

1. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar los fundamentos expuestos por el demandante con el principio de presunción de legalidad

---

95 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de diciembre del 2001.

del acto administrativo, sin que este último impida al órgano jurisdiccional conceder una medida cautelar.

2. De los fundamentos expuestos por el demandante se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.
3. La medida cautelar solicitada resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.

Artículo 37.- Medidas de innovar y de no innovar

Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.

Los requisitos de la solicitud de una medida cautelar, así como el contenido de esta y sus características se encuentran normadas en los artículo 610<sup>o</sup> del Código Procesal Civil (CPC):

Artículo 610.- El que pide la medida debe:

1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;
2. Señalar la forma de ésta;
3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;
4. Ofrecer contracautela; y
5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.

Con relación a la medida cautelar, estas deben contener tres requisitos esenciales<sup>96</sup>: la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la razonabi-

---

<sup>96</sup> Código Procesal Civil

Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.

alidad. Su principal característica es ser un elemento instrumental al proceso principal<sup>97</sup>:

### a) Verosimilitud del derecho

De acuerdo a Monroy<sup>98</sup>, la verosimilitud en el derecho, o también denominado *fumus boni iuris*, no es otra cosa que la apariencia del derecho, el cual, en base a una razonable fundamentación acerca del derecho que se pretende, puede crear, *prima facie*, cierta convicción en el juez acerca de la fundabilidad de la pretensión.

Por su parte Rocco señala que “el llamado *fumus boni iuris* no es más que una valoración subjetiva y, en gran parte, discrecional, del juez sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho, totalmente sumaria y superficial”<sup>99</sup>.

La verosimilitud no implica que se certifique la pretensión solicitada en el proceso principal, dado que un fallo basado en esas características establecería en un prejuzgamiento; es tan solo establecer que existe una probabilidad de quien solicita la medida cautelar pueda obtener una sentencia favorable en el proceso. En ese mismo sentido, Calamandrei<sup>100</sup> señala que:

La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho

---

3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

97 Código Procesal Civil

Características de la medida cautelar.-

Artículo 612º.- Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

98 MONROY, Juan. “El juez nacional y la medida cautelar”. *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Comunidad. 2003, p. 170.

99 ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil T.V.* Buenos Aires: DEPALMA, 1977, p. 48.

100 CALAMANDREI, Piero. *Óp. cit.*, p. 77.

aparezca verosímil, o sea para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.

Por su parte CASSAGNE y Perrino<sup>101</sup> sostienen que “se trata de un recaudo vinculado a la apariencia de buen derecho (lo que supone una menor rigurosidad en la prueba de la titularidad del derecho que recién se esclarecerá en la sentencia) que debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista y no como su incontestable realidad, que solo se logrará al final del proceso”.

En razón de lo señalado, se puede afirmar que resulta suficiente la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor, basado en la probabilidad de conseguir un fallo a favor durante el desarrollo del proceso.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la República tiene jurisprudencia respecto al tema de verosimilitud:

SALA CIVIL TRANSITORIA

APE L. 150-2007

LIMA

Medida Cautelar

QUINTO.- Que, sin embargo, respecto de la apariencia del derecho invocado o *fumus boni iuris*, este contiene una condición relativa a que el derecho invocado en el principal tenga un grado de verosimilitud suficiente que justifique la adopción de la medida cautelar pedida, todo ello bajo el entendimiento de que éstas no sólo son provisorias, instrumentales y variables, sino que además importan un pre juzgamiento, conforme lo refiere el numeral seiscientos doce del Código Procesal Civil;

(Fuente: CD Jurisprudencia, RAE Jurisprudencia)

AP. N° 443-2004

LIMA

Segundo.- Que, el artículo 36 de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo establece los requisitos para la concesión de la medida cautelar, y de conformidad con el segundo párrafo del artículo 35 de dicho dispositivo es de aplicación supletoria el Código Procesal Civil, específicamente los artículos 608, 610 y 611, respectivamente, los cuales coinciden conjuntamente con la

---

101 CASSAGNE, Juan Carlos y Pablo E. PERRINO. *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 341.

doctrina, en que los presupuestos son: a) la apariencia del derecho, llamado el *fumus bonis juris* como presupuesto fundamental, mediante el cual la medida se otorga no en función de la existencia de un derecho evidente a favor del peticionario, sino porque existe una apariencia que el derecho que se invoca es fundado; además el derecho reclamado debe gozar de verosimilitud.

(Fuente: CD Jurisprudencia, RAE Jurisprudencia)<sup>102</sup>.

## b) Peligro en la demora

Toda pretensión cautelar tiene como segundo requisito esencial el acreditar el peligro en la demora (*periculum in mora*); es decir, el peligro que subyace al transcurso del tiempo, por el cual los efectos de la decisión final establecida dentro de un proceso resulte inoperante en la práctica.

En otras palabras, ante la posible consumación de un daño, se requiere una protección provisional, a fin de evitar el riesgo que, en el supuesto que el solicitante obtenga una resolución definitiva, ésta carezca de efectos. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y Fernández<sup>103</sup> el *periculum in mora* es la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables.

Este presupuesto, nace de la potencial amenaza que la sentencia se torne ineficaz, esto durante el tiempo que transcurra el proceso. De este presupuesto, se dice que nace el interés por solicitar la tutela cautelar, pues busca que el derecho presumido en dicho proceso no se vea afectado, dado que cabe la posibilidad que el daño generado no pueda verse restituido o revertido.

El riesgo a que se produzca un daño inminente e irreparable es uno de los principales motivos que se solicite una medida cautela, en palabras de Gallegos<sup>104</sup> no existe medida cautelar que no se dé para disipar un temor de daño inminente; constituye la razón de ser jurídica y de hecho de las medidas cautelares, que sustancia con ellas

Según Monroy “(...) el *periculum in mora* es la constatación que hace el Juez, que si no concede la medida cautelar, puede que el fallo definitivo llegue a ser

---

102 BENITES, Junio. *El derecho a la tutela cautelar en el derecho procesal civil y procesal constitucional*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2009, pp. 15-16. Consulta: 3 de febrero de 2014. <[www.raejurisprudencia.com.pe](http://www.raejurisprudencia.com.pe)>

103 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Óp. cit., p. 628

104 GALLEGOS, Pablo. *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Ábaco, 2002, p. 70.

ilusorio o inejecutable. En tal sentido, debe haber una amenaza que ponga en riesgo la efectividad del fallo”<sup>105</sup>.

En opinión de Chioyenda, el interés para el otorgamiento de una medida cautelar “(...) surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado de una providencia jurisdiccional definitiva (*periculum in mora*) (...)”. El mismo autor afirma que: “(...) El *periculum in mora* es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, en estos casos la tutela jurisdiccional ordinaria puede asumir un carácter preventivo (...)”<sup>106</sup>.

De acuerdo a lo señalado, podríamos afirmar que el peligro en la demora está referida a dos posibilidades, la primera la de poder ejecutar una sentencia y que esta sea viable, y una segunda posibilidad, referida al riesgo que conlleva afectar un derecho y que dicha afectación la cual se prolonga hasta la culminación del proceso, haga inviable la posibilidad de resarcir o subsanar el derecho afectado.

### c) Adecuación o razonabilidad

Con respecto a este último requisito, muchos autores consideran que las medidas cautelares solo se basan en la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, dado que incluyen el concepto de adecuación o razonabilidad en lo señalado por verosimilitud, sin embargo autores como Ledesma señalan lo siguiente sobre la adecuación o razonabilidad:

Implica que la medida cautelar a conceder tenga íntima relación con la pretensión principal, es decir, la medida cautelar busca garantizar la eficacia de la futura sentencia, pero no trastocando el sentido de su concesión. En ese sentido el juez debe evaluar la medida cautelar solicitada por el demandante tiene relación con la de su pretensión principal, y en caso aprecie que la solicitud cautelar no la guarde, el juez de oficio puede adecuarla y conceder una medida cautelar distinta a la solicitada, pero que guarde relación con la pretensión principal. La adecuación de la medida cautelar importa que sean congruentes y proporcionales con la pretensión del principal. En ese sentido, la congruencia implica una correlación lógica entre el pedido y la tutela cautelar; mientras la proporcionalidad implica una calificación cuantitativa con relación a la medida otorgada y el objeto de tutela<sup>107</sup>.

105 Citado por SIMONS, Adrián. “Medidas cautelares especiales y poder general de cautela”. *Revista Advocatus*. N° 7. Diciembre del 2002, p. 161, Lima.

106 CHIOYENDA, Giuseppe. *Curso de Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Harla, 1997, pp. 77.

107 LEDESMA, Marianella. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 205.

En nuestro ordenamiento se recoge dentro del Artículo 611º del Código Procesal Civil, la adecuación o razonabilidad como un elemento de la medida cautelar.

Artículo 611.-Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
3. *La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.*

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

En relación a lo mencionado, se entiende que este requisito se encuentra relacionado con el principio de razonabilidad, en tanto que razonabilidad y proporcionalidad son conceptos que nuestro ordenamiento entiende como sinónimos, y está referida a que dicha medida no solo sea proporcional o razonable al derecho invocado en el procedimiento principal, sino que, además, a partir de esta razonabilidad o proporcionalidad, se cumpla con acreditar el balance entre el daño de no proporcionar la medida cautelar, pues cabe la posibilidad que, debido al no otorgamiento de una medida cautelar, es probable que se produzca algún daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de ser esta otorgada.

En nuestro ordenamiento, encontramos diversos ejemplos sobre la aplicación de dicho concepto, tal es el caso del Expediente N° 1209-2006-PA/TC<sup>108</sup>, en los seguidos por la Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. contra Backus, en cuyo proceso la empresa Backus alegaba que Ambev no utilice los envases de su propiedad; proceso en el cual se dictó una medida cautelar disponiendo que Ambev se abstenga de utilizar cualquier tipo de envase, así como tampoco podría introducir o comercializar otros envases, en tanto, se resuelva el proceso principal, medida que fue confirmada en segunda instancia. Frente a lo establecido, la Compañía Ambev cuestionó mediante un proceso de amparo dicha medida, la cual fue declarada fundada en el Tribunal Constitucional,

---

108 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de noviembre del 2006.



entre otras razones, porque resultaba desproporcionada, lo cual fue desarrollado en el fundamento 62: el principio de proporcionalidad (subprincipio de necesidad) que debe contener una decisión cautelar:

En este sentido, lo que desde una perspectiva procesal se conoce como principio de congruencia o, en la teoría cautelar como “principio de adecuación” o principio de mínima injerencia, sirve para delimitar las potestades cautelares del juez, ya que permite que la medida adoptada sea no sólo idónea a la finalidad que persigue, sino que al mismo tiempo no sea tan dañina que incluso cause mayores estragos al peligro de daño irreparable al que se intenta garantizar al adoptarla. En síntesis, el juez que adopta una medida cautelar, sabiendo de la omnipotencia de sus facultades, debe tratar de que la medida adoptada, no sólo se restrinja al ámbito del proceso principal, sino que dentro de las posibles alternativas que se presente (por ejemplo entre varios tipos de bienes posibles de afectar), debe optar por aquella fórmula que lesione menos los derechos de la persona o personas sobre las que va a recaer la medida. Desde una perspectiva constitucional, tales principios de las medidas cautelares son protegidas a través del principio de proporcionalidad y, en concreto, a través de los sub principios de idoneidad y necesidad. Se trata de optimizar las técnicas procesales de tutela de los derechos a efectos de garantizar la vigencia de los derechos no sólo de quien solicita una medida cautelar, sino también y con mayor rigor aún, de quien los va a sufrir (...).

De acuerdo a las modificatorias establecidas en el Artículo 20-A, por la Ley Nº 30011; aquel que busque suspender el proceso de ejecución forzosa entablado por OEFA deberá solicitar una medida cautelar que cumpla con todas las características señaladas, puesto que ya no se suspende el proceso con solo entablar un proceso contencioso administrativo, tal como regula el artículo 16º del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva. El juez deberá analizar todos los supuestos mencionados para poder otorgar una medida cautelar que pueda suspender el proceso de cobranza coactiva iniciado por un acto emanado de OEFA.

### 3.4. Contracautela

La figura de la contracautela es una garantía que asegura la concesión de una medida cautelar, en función al eventual perjuicio que esta pudiera ocasionar a la otra parte. Sobre el particular, Peyrano<sup>109</sup> manifiesta lo siguiente: “(...) La contracautela (...) debe cubrir los eventuales perjuicios irrogados por las medidas cautelares solicitadas sin derecho, no siendo entonces necesario que cubra

109 PEYRANO, Jorge. *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*. Segunda edición actualizada. Rosario: Edit. Zeus, 1997, p. 88.

el importe por el cual se ha trabado la medida y tampoco que sea equivalente a la cuantía del juicio. La graduación de la cuantía de la contracautela debe resultar influida por el grado de verosimilitud del derecho alegado por el peticionante de la diligencia cautelar respectiva”.

Dentro de nuestro ordenamiento, la contracautela no se encuentra definida; sin embargo, encontramos en el Artículo 613<sup>o</sup> del CPC, que tiene un fin reparador ante la eventualidad que la ejecución de una medida cautelar (maliciosa o innecesaria), pedida por el solicitante y concedida por el órgano jurisdiccional, cause daño a la persona contra la que esta se dirige:

Artículo 613.- Contracautela y discrecionalidad del juez

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.

Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo” (la cursiva es nuestra).

Sobre la contracautela, Calderón<sup>110</sup> señala que la caución es “un instrumento que sirve para restaurar el equilibrio perdido al otorgarse la medida, actuando

---

110 CALDERÓN, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 52.

como condición de ella y adscribiéndose a la inmediata indemnización de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución”.

Por su parte Monroy<sup>111</sup> sostiene que la caución es una “garantía procesal que tutela los intereses del demandado afectado por la medida cautelar. ‘Contra-cautela’, entonces, por ser una garantía respecto de otra trabada en contra. Por ello también, otros se refieren a la caución como la ‘cautela’ del demandado”<sup>112</sup>.

Autores como Chiovenda definen la contracautela o caución a partir de su finalidad, señalando que es aquella medida que se instituye para garantizar el resarcimiento de daños a quien se hubiera desprovisto o disminuido del goce de un bien en virtud de una medida preventiva, y que, por tal razón, esta puede ir acompañada de una medida de contracautela, es decir, el mandato al actor de prestar fianza<sup>113</sup>.

Por su parte, Podetti<sup>114</sup> se funda en que el principio de igualdad reemplaza en cierta medida a la controversia, pues implica que la medida cautelar debe ser doble vía, al establecer que existe un asegurando al actor la protección de un presunto derecho, y al demandado, en cuanto a la posibilidad de resarcir los daños, en caso que aquel derecho no existiese.

Según Lazzari<sup>115</sup> la contracautela es condición de la ejecutoriedad de la medida cautelar y no presupuesto de la medida cautelar. Cumple una función de garantía por los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse al afectado si resultase que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga.

---

111 MONROY, Juan José. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 264.

112 No obstante, este mismo autor, en su obra *Bases para la formación de una teoría cautelar* niega la pertinencia del término “contra-cautela”, bajo el sustento de que tal garantía no tiene carácter cautelar, proponiendo para ella la denominación de “caución”. Como habrá podido advertirse compartimos esta posición, razón por la cual en el presente trabajo nos referimos a la contracautela como caución.

113 CHIOVENDA, Giuseppe. *Óp. cit.*, p. 282.

114 PODETTI, Ramiro. *Derecho procesal civil comercial y laboral. Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar, 1956, p. 61.

115 DE LAZZARI, Eduardo Néstor. *Medidas cautelares*. La Plata: Librería Editora Platense, 1988, p. 112.

Al respecto Arazi<sup>116</sup> señala que la contracautela se funda en el principio de igualdad, ya que persigue el equilibrio entre las partes, al postergarse la bilateralidad: por un lado se autoriza al peticionante a asegurar un derecho no reconocido judicialmente, sin oír al contrario, pero por otro se garantiza a este la efectividad de resarcimiento por los daños que pudiera ocasionarle, si aquel derecho no existiera.

Es pertinente señalar, que el Numeral 4) del Artículo 610º del Código Procesal Civil establece como requisito para el otorgamiento de la medida cautelar, que se deberá ofrecer una contracautela. La admisión de la contracautela conforme a lo señalado en el Artículo 613º del CPC mencionado líneas arriba, con respecto a su naturaleza y monto, será establecida conforme el criterio del Juez, quien está facultado a aceptarla tal cual fue ofrecida, o en caso contrario podrá graduarla e incluso modificarla en todo lo que considere pertinente, con lo cual se da a entender que será el Juez quien decida qué medida es la más efectiva.

Por su parte Calderón<sup>117</sup>, citando el libro *Teoría general de las medidas cautelares*, de Serra Domínguez, señala que la efectividad de la medida cautelar dependerá en muchos casos de la prestación previa de la caución respectiva, encontrándonos así –bajo el pensamiento del jurista citado– frente a “un presupuesto de la ejecución que no de la concesión”, dando a entender que existen supuestos en los cuales la caución constituirá un requisito de procedibilidad para una medida cautelar, y otro en el cual estos funcionen como medidas que garanticen el fallo y, por lo tanto, se conviertan en requisitos de su ejecución.

Autores como Monroy<sup>118</sup> sostienen que:

[l]a caución no es un presupuesto cautelar, sino la constatación de que para la concesión de la medida, es decir, para que el juzgador, a través de la cognición sumaria, logre obtener un conocimiento adecuado de la situación sobre la cual se solicita la cautela, en la cual interviene el análisis de los dos requisitos, de peligro en la demora y verosimilitud del derecho, mas no el de la caución procesal. Esto se ubica en un plano posterior, en la medida que hace referencia a los eventuales daños que podrían provocarse con la actuación de dicha medida, pero, en absoluto, tendrá que ver con la calificación sobre el objeto del procedimiento cautelar.

---

116 ARAZI, Roland. *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 7.

117 CALDERÓN, María Pía. *Óp. cit.*, p. 52.

118 MONROY, Juan. *Óp. cit.*, p. 266.

Por su parte, Priori<sup>119</sup> tiene la misma ideología y señala que “la contracautela no es en realidad un presupuesto para la concesión de las medidas cautelares, sino para su ejecución”.

En esta línea de pensamiento, se puede afirmar que la finalidad de la contracautela es proteger el derecho de aquel que se ve afectado por una medida cautelar. Si se traslada lo señalado al ámbito del OEFA, y en lo establecido por el Artículo 20-A de la Ley N° 29325, modificada por la Ley N° 30011, la contracautela es el mecanismo que tiene la Administración para no ver afectado su derecho. De acuerdo al Artículo 20-A, la contracautela es un requisito para la solicitud de una medida cautelar, e incluso, se solicita tanto por la aplicación de una medida cautelar o por solicitar la revisión judicial.

Es importante señalar que en una información recogida en el *Diario Gestión*<sup>120</sup>, a propósito de una entrevista realizada al Presidente del Consejo Directivo del OEFA, se señaló que la Ley N° 30011 permitirá reducir las trabas legales para el cobro efectivo de las multas ambientales, dado que según lo calculado hasta el 8 de mayo del 2013 por el OEFA, existen alrededor de S/. 92 millones de soles, monto equivalente al 81% del total de multas impuestas por las entidades de fiscalización ambiental (EFA). Esta medida cumple con la finalidad buscada con la caución, la cual es proteger a la parte afectada por esta medida cautelar, siendo que OEFA es representante de la Administración.

#### IV. CONCLUSIONES

1. El derecho ambiental, es una rama especializada del derecho administrativo; por ende, cuenta con los principios y elementos de este, además de la necesidad imperante de regular y proteger el medio ambiente de la actividad del hombre.
2. El Estado ostenta una serie de potestades que permiten que el mismo opere de manera óptima acorde con los fines que persigue y las políticas preestablecidas. Una de esas manifestaciones, se produce con la entrada en vigor del Capítulo II del Título IV de la LPAG, referido al procedimiento administrativo sancionador.

119 PRIORI, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 239.

120 PRADO, Alfredo. “Jueces traban cobros de multas ambientales por S/. 92 millones”. *Diario Gestión*. Lima, miércoles 8 de mayo del 2013. Consulta: 4 de febrero del 2014. <<http://gestion.pe/economia/jueces-traban-cobros-multas-ambientales-s-92-millones-2065552>>

3. El derecho administrativo sancionador es una rama que estudia la potestad sancionadora de la Administración. En nuestro ordenamiento tiene principalmente una connotación de orden pragmático, pues surgió como una consecuencia natural de la creciente participación del Estado en la economía, así como por la diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la doctrina nacional e internacional, las cuales siguen nutriendo a la LPAG.
4. La potestad sancionadora busca prevenir o desincentivar la realización de conductas ilícitas por parte de los administrados, y en búsqueda de dicha finalidad es que el ordenamiento tiene que estar orientado.
5. La potestad sancionadora no es ilimitada ni absoluta. Por ello, es que los principios que rigen las garantías mínimas de la potestad sancionadora de la Administración se encuentran regulados en el Artículo 230º de la LPAG, sin perjuicio de aplicar los demás principios reconocidos por la Constitución Política del Perú y declarados a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entendiéndose que todo ello forma parte del ordenamiento jurídico peruano. Entre esos principios, se encuentran el de legalidad, tipicidad y razonabilidad (proporcionalidad).
6. El OEFA ha sido facultado, de acuerdo al Literal b) del Numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, para ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto.
7. El principio de legalidad es reconocido por el Literal d) del Numeral 24 del Artículo 2º de la Constitución Política del Perú, así como por el Artículo 230º de la LPAG. El principio de legalidad, en una lectura conjunta, establece que solo cabe sanción con norma expresa, y que, en caso de las entidades administrativas, esta sanción, que se ejerce por la potestad sancionadora, solo puede estar asignada por ley expresa; sin embargo, en el caso de la Administración, se contempla, de acuerdo al último párrafo del Inciso 4 del Artículo 230º de la LPAG, una remisión al reglamento, siempre y cuando este no cree nuevos supuestos o modifique los parámetros que la ley designe.
8. El principio de legalidad se encuentra directamente vinculado con el de tipificación, dado que, a través de remisiones expresas, en algunos casos implícitos, el reglamento será la vía idónea para establecer las funciones de la administración y las conductas susceptibles de sanción.

9. El OEFA, mediante las modificatorias instauradas por la Ley N° 30011, la cual modificó los artículos 17° y 19° de la Ley N° 29325, brindándole la capacidad de tipificar, clasificar y establecer criterios, así como también la de graduar las sanciones, cumple con los criterios y principios señalados por la LPAG y por la Constitución Política del Perú.
10. El Reglamento aparece en el ordenamiento sancionador solo si ha sido habilitado por ley y solo podrá regular aquello que le fue encargado por ley, siguiendo las pautas y criterios contenidos dentro de la norma. Estos elementos son cumplidos a cabalidad por los artículos 17° y 19° de la Ley N° 29325.
11. La autotutela es una potestad con la que cuenta la Administración, la cual le permite mediante actos administrativos crear y modificar relaciones (autotutela declarativa), además de poder llevar a cabo sus decisiones sin la necesidad de que intervenga un tercero, un juez (autotutela ejecutiva).
12. La autotutela permite a la Administración, a través del uso de la coacción, ejecutar los mandatos contenidos en las decisiones que regulan las relaciones jurídicas entre la Administración y los administrados. Esta atribución de poder coactivo que posee la Administración está amparada no solo en una presunción de legalidad sino en un marco legal existente, el cual le permite el uso de la fuerza sobre los derechos y bienes del administrado.
13. Las medidas cautelares son instrumentos que poseen las partes, para que, durante el transcurso del proceso, no se perjudique o agrave el menoscabo sufrido por acto administrativo, puesto que en caso de no resguardar dicho derecho, la sentencia que se dicte durante el proceso podría resultar en ineficaz.
14. La medida cautelar debe cumplir con tres supuestos: verosimilitud del derecho, entendido como establecer la probabilidad de que existe un derecho sobre la parte que lo solicita; peligro en la demora, referido a que durante el tiempo que trascurra el proceso el daño sea irreparable o que la sentencia se vuelva ineficaz; y razonabilidad, entendido como el elemento que establece que la medida sea proporcional al derecho que busca proteger.
15. De conformidad con el Artículo 20-A de la Ley 29325, el cual fue modificado por la Ley N° 30011, aquel que desee suspender un acto administrativo proveniente del OEFA, mediante el cual se le sancione,



deberá interponer una medida cautelar y garantizar el monto de dicha sanción mediante una contracautela.

16. La contracautela es el mecanismo que, de acuerdo a una interpretación literal del Código Procesal Civil, sería un requisito de admisibilidad; sin embargo, de una lectura combinada del artículo y de la doctrina, así como de las diversas sentencias emitidas en nuestro ordenamiento a nivel judicial y del Tribunal Constitucional, se entiende que esta es un mecanismo que permite garantizar la ejecutoriedad del acto.
17. El OEFA, a través del Artículo 20-A de la Ley N° 29325 modificada por la Ley N° 30011, ha establecido la necesidad de que, en caso se busque suspender el proceso de cobranza coactiva, este solo podrá ser suspendido mediante una medida cautelar, la cual tendrá como requisito de admisibilidad y de ejecución futura la presentación de una contracautela. El hecho que el 81% de multas interpuestas por el OEFA fueron suspendidas a la luz del procedimiento señalado en el TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactivo, refleja la importancia de esta ley, la cual permite que las multas que buscan salvaguardar el medio ambiente, el cual es patrimonio de todos, puedan ser efectivas y no se dilaten en el tiempo.
18. La contracautela es el medio idóneo mediante el cual se busca proteger a aquel que pueda verse afectado por una medida cautelar, en el ámbito de aplicación de las actividades del OEFA. La contracautela cumple con disuadir el comportamiento antijurídico de los administrados, garantizando a su vez la eficacia de la sanción impuesta por la Administración. La finalidad de la contracautela es encontrar el equilibrio adecuado entre el interés del demandante y del interés público tutelado por la Administración.
19. Las modificaciones incorporadas a los artículos 17º, 19º y 20-A de la Ley N° 29325, a través de la Ley N° 30011, contienen una habilitación y remisión expresa de la ley, por lo que cumplen con los principios establecidos dentro de nuestro ordenamiento.

## BIBLIOGRAFÍA

ARAZI, Roland

2007 *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

BANDEIRA, Celso

2006 *Curso de derecho administrativo*. Traducción de Valeria Labraña. Primera edición. México.



BARCELONA, Javier

1995 *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria.

BENITES, Junio

2009 *El derecho a la tutela cautelar en el derecho procesal civil y procesal constitucional*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante. Consulta: 3 de febrero del 2014.

<[www.raejurisprudencia.com.pe](http://www.raejurisprudencia.com.pe)>

CALDERÓN, María Pía

1992 *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid: Editorial Civitas.

CALAMANDREI, Piero

1996 *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Traducción de Marino Ayerra. Buenos Aires: El Foro.

CASSAGNE, Juan Carlos

1971 *La ejecutoriedad del acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

2001 *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*. La Ley.

CASSAGNE, Juan Carlos y Pablo E. PERRINO

2006 *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

CHIOVENDA, Giuseppe

1997 *Curso de derecho procesal civil*. México: Editorial Harla.

CORREA, Rubén y Cristina VÁSQUEZ

1998 *Manual de derecho de la función pública*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

DANÓS, Jorge

1995 "Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública". *Ius et Veritas*. Lima, número 10.

2010 "La preferencia de los principios de la potestad sancionadora". *Modernizando el Estado para un país mejor*. Lima: Editorial Palestra.

DE LA SIERRA, Susana

2004 *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo*. Navarra: Thomson Aranzadi.

DE LAZZARI, Eduardo

1988 *Medidas cautelares*. La Plata: Librería Editora Platense.

DIEZ, Manuel

1996 *Derecho procesal administrativo*. Buenos Aires: Astrea.

GALLEGOS, Pablo O.

2002 *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Ábaco.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

1972 *La Revolución francesa y la administración contemporánea*. Madrid: Taurus.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ

2000 *Curso de derecho administrativo*. Volumen I. Décima edición. Madrid: Civitas.

GESTIÓN

2013 "Jueces traban cobros de multas ambientales por S/. 92 millones". *Gestión*. Lima, 8 de mayo del 2013. Consulta: 4 de abril del 2014  
<<http://gestion.pe/economia/jueces-traban-cobros-multas-ambientales-s-92-millones-2065552>>

GONZÁLEZ Jesús

1998 *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Madrid: Civitas.

GRANADOS, Milagros y Francisco VILLA

2013 "Constitucionalidad de las Disposiciones Orientadas a Fortalecer la Fiscalización Ambiental contenidas en la Ley N° 30011". En GÓMEZ, Hugo (compilador). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pp. 37-62.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor

2011 "El Procedimiento Administrativo a los 10 años de entrada en vigencia de la LPAG". *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Lima, número 67.

HUAPAYA, Ramón.

2006 *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Juristas editores.

KIELMANOVICH, Jorge

2000 *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

LEDESMA, Marianella

2013 *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.

MONROY, Juan

2003 *La formación del proceso civil peruano: escritos reunidos*. Lima: Comunidad.

2004 *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra Editores.

MORÓN, Juan Carlos

2002 *Nueva Ley del Procedimiento Administrativo general*. Lima: Gaceta Jurídica.

2006a "Los principios de la potestad sancionadora de la administración pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista Mensual de Jurisprudencia: Palestra del Tribunal Constitucional*. Lima, año 1, número 7.

2006b "La nueva dimensión constitucional de la ejecutividad administrativa: Reflexiones necesarias a partir de la STC N° 0015-2005-PI/TC". *Palestra Constitucional*. Lima, número 1.

MUÑOZ, Santiago

2004 *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas.

NIETO, Alejandro

1993 *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos.

NORTHCOTE, Cristian

2009 "Importancia del principio de tipicidad en el procedimiento administrativo sancionador". *Actualidad Empresarial*. Lima, número 191.

PALACIO, Lino

1998 *Manual de derecho procesal civil*. Décimo cuarta edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

PEDRESCHI, Willy

2003 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444*. Lima: Editorial Ara Editores

PEÑA, José

2002 *Manual de derecho administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*. Primera reimpresión. Caracas: Colección Estudios Jurídicos.

PEYRANO, Jorge

1997 *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*. Segunda edición actualizada. Rosario: Editorial Zeus.

PODETTI, Ramiro

1956 *Derecho procesal civil comercial y laboral. Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar.

PRIORI, Giovanni

2009 *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Ara Editores.

REBOLLO, Manuel et ál.

2009 *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova. Valladolid.

RIZO, Armando

1991 *Manual elemental de derecho administrativo*. Tomo I. León: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua.

ROCCO, Ugo

1977 *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: DEPALMA.

SIMONS, Adrián

2002 "Medidas cautelares especiales y poder general de cautela". *Revista Advocatus*. Lima, número 7.

SIMÓN, Ramiro

2005 *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

VEDEL, Georges

1980 *Derecho administrativo*. Traducción española de la sexta edición francesa. Madrid: Editorial Aguilar

VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ

2009 "La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador". *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Lima: Editorial Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

---

## REFLEXIONES SOBRE LA FACULTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### APUNTES SOBRE EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA Y LA PRESCRIPCIÓN DECLARADA DE OFICIO

JESSICA VALDIVIA AMAYO

#### SUMARIO

*En el presente artículo la autora expone sus opiniones jurídicas con relación a dos temas controvertidos, tanto en el ejercicio de la función administrativa como doctrinariamente. El primero de ellos se refiere a la posibilidad que tiene la Administración Pública para dar inicio a un procedimiento de ejecución coactiva antes del vencimiento del plazo de tres meses que tienen los administrados para interponer una demanda contencioso administrativa que impugne el acto que agota la vía administrativa; el segundo, a la posibilidad que tiene la Administración Pública de declarar de oficio la prescripción de su facultad para determinar la existencia de infracciones administrativas.*

I. Introducción. II. ¿Puede la Administración Pública dar inicio a un procedimiento de ejecución coactiva antes de que transcurra el plazo que tienen los administrados para interponer una demanda contencioso administrativa? III. ¿Puede la Administración Pública declarar de oficio la prescripción de su facultad para determinar la existencia de infracciones administrativas? IV. Conclusiones.

#### I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como finalidad abordar dos interrogantes concretas acerca de los procedimientos administrativos sancionadores.

La primera de ellas se refiere a la posibilidad que tiene la Administración Pública de iniciar procedimientos de ejecución coactiva antes del vencimiento del plazo de tres (03) meses que tienen los administrados para interponer una demanda contencioso administrativa que busque impugnar el acto que agota la vía administrativa.

La segunda se refiere a la posibilidad que tiene la Administración Pública de declarar de oficio la prescripción de su facultad para determinar la existencia de infracciones administrativas.

Sobre ambas cuestiones sabemos que existen posiciones encontradas tanto en la doctrina como en el ejercicio de la función administrativa. En el presente artículo, plantaremos nuestra posición respecto de ambas tomando como perspectiva la gestión de entidades públicas, en aras de un análisis académico que, esperamos, contribuya al debate.

## **II. ¿PUEDE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DAR INICIO A UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA ANTES DE QUE TRANSCURRA EL PLAZO QUE TIENEN LOS ADMINISTRADOS PARA INTERPONER UNA DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA?**

De acuerdo a la doctrina mayoritaria, la ejecución forzosa de los actos administrativos es la manifestación de una de las potestades que derivan del principio de autotutela ejecutiva, es decir, la facultad de disponer el cumplimiento de asuntos que han sido previamente resueltos por la Administración Pública sin intervención judicial previa, de manera que todos los actos administrativos pueden ser objeto de ejecución forzosa, salvo que una ley los excluya y obligue a acudir al Poder Judicial<sup>1</sup>.

De esta manera, la cobranza coactiva administrativa, que sigue su cauce formal a través de un procedimiento que se denomina de ejecución, es el procedimiento que utilizan las entidades públicas frente a los administrados para hacer efectivas las consecuencias jurídicas del acto administrativo que esta emita. En nuestro ordenamiento legal, dicho procedimiento se encuentra regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26979 - Ley del Procedimiento de

---

1 Cf. TIRADO, José Antonio. "La ejecución forzada de los actos administrativos en la Ley 27444". En MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 404.

Ejecución Coactiva<sup>2</sup>, aprobado mediante Decreto Supremo N° 018-2008-JUS (en adelante, Ley de Ejecución Coactiva).

A su vez, el Artículo 196<sup>o</sup> de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>3</sup> (en adelante, LPAG) establece las modalidades de ejecución forzada del acto administrativo, a saber: (i) la ejecución coactiva<sup>4</sup>, (ii) la ejecución subsidiaria<sup>5</sup>, (iii) las multas coercitivas<sup>6</sup> y (iv) la compulsión sobre personas<sup>7</sup>.

Salvo excepciones particulares, como en el caso de la cobranza de las obligaciones tributarias propias del Gobierno central, la cobranza coactiva, como

---

2 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 diciembre del 2008.

3 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 abril del 2001.

4 Artículo 197<sup>o</sup> de la LPAG.- Ejecución coactiva

Si la entidad hubiera de procurarse la ejecución de una obligación de dar, hacer o no hacer, se seguirá el procedimiento previsto en las leyes de la materia.

5 Artículo 198<sup>o</sup> de la LPAG.- Ejecución subsidiaria

Habrà lugar a la ejecución subsidiaria cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado:

1. En este caso, la entidad realizará el acto, por sí o a través de las personas que determine, a costa del obligado.

2. El importe de los gastos, daños y perjuicios se exigirá conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

3. Dicho importe podrá liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, o reservarse a la liquidación definitiva.

6 Artículo 199<sup>o</sup> de la LPAG.- Multa coercitiva

199.1 Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, la entidad puede, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por periodos suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:

a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión sobre la persona del obligado.

b) Actos en que, procediendo la compulsión, la administración no la estimara conveniente.

c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.

199.2 La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas.

7 Artículo 200<sup>o</sup> de la LPAG.- Compulsión sobre las personas

Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar, podrán ser ejecutados por compulsión sobre las personas en los casos en que la ley expresamente lo autorice, y siempre dentro del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución Política.

Si los actos fueran de cumplimiento personal, y no fueran ejecutados, darán lugar al pago de los daños y perjuicios que se produjeran, los que se deberán regular judicialmente.

medio de ejecución forzosa del acto administrativo, se encuentra regulada en la Ley de Ejecución Coactiva.

Ahora bien, resulta pertinente comentar que todo acto administrativo tiene carácter ejecutorio, salvo que exista alguna disposición legal en contrario, mandato judicial o se encuentren sujetos a condición o plazo, tal como lo dispone el Artículo 192º de la LPAG.

Todos los actos administrativos (menos aquellos expresamente establecidos por ley) son ejecutorios; es decir, su emisión obliga al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad<sup>8</sup>. Esta cualidad de los actos de la Administración se aplica a todos los que la Administración dicte. De esta manera, la decisión administrativa se beneficia de una presunción de legalidad que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obedecer alguna sentencia declarativa previa. Esta presunción de legalidad es la que provoca que produzcan efecto desde el día que se dicten los actos administrativos. Más aún, si hay sentencia que pone fin a este acto, no suspende los efectos ya producidos y la ejecución subsiguiente del acto recurrido<sup>9</sup>.

Así lo explica claramente Rizo cuando analiza la naturaleza ejecutoria del acto administrativo<sup>10</sup>:

(...) la Administración Pública aparece investida de los poderes necesarios para realizar por sí misma la autotutela de su derecho, y para ello declara por sí misma cuál es su derecho, de donde el carácter obligatorio del acto administrativo; y procede a ejecutar por sus propios medios y contra la voluntad de los obligados, lo que previamente ha declarado. El acto administrativo es ejecutivo; y ejecutivo es lo que tiene fuerza de ejecución y ejecutorio es lo que por sí mismo es ejecutivo, circunstancias ambas que cuadran al acto administrativo. En efecto, producido el acto administrativo, tiene virtualidad ejecutiva; es decir, ha de cumplirse y no espera ni permite que se difiera a otro tiempo la ejecución. El acto administrativo es, pues, ejecutivo y ejecutorio; siendo claro que lo ejecutivo es una cualidad sustancial y lo ejecutorio es meramente instrumental. Por ello, si bien la ejecutoriedad requiere fuerza de ejecución, no presupone la originaria existencia de la

---

8 TIRADO, José Antonio. Óp. cit. p. 355.

9 REAÑO, Johanna. *Reflexiones sobre la determinación de la responsabilidad civil dentro del proceso de cobranza coactiva*. Tesis para optar el grado de magíster. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Unidad de Post Grado de Derecho, p. 8.

10 RIZO, Armando. *Manual elemental de derecho administrativo*. León: Editorial Universitaria de la UNAN, 1992, pp. 149-150. Consulta: 27 de febrero del 2014.  
<[http://issuu.com/ultimosensalir/docs/manual\\_elemental\\_de\\_derecho\\_administrativo\\_-\\_pdf](http://issuu.com/ultimosensalir/docs/manual_elemental_de_derecho_administrativo_-_pdf)>



ejecutividad, ni la ejecutividad lleva necesariamente aparejada la ejecutoriedad. Si ambas coinciden en el acto administrativo es por la necesidad de dejar a salvo de interferencias el cumplimiento de las resoluciones que afectan a los intereses públicos y el principio de la independencia de los diversos poderes del Estado.

A esto debe añadirse que en la legislación peruana se han establecido, clara y taxativamente, los requisitos que debe cumplir el acto administrativo ejecutivo para que sea materia de ejecución forzada. Dichos requisitos son contemplados por el Artículo 194º de la LPAG que señalamos a continuación:

Artículo 194º.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

1. Que se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer, establecida a favor de la entidad.
2. Que la prestación sea determinada por escrito de modo claro e íntegro.
3. Que tal obligación derive del ejercicio de una atribución de imperio de la entidad o provenga de una relación de derecho público sostenida con la entidad.
4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.
5. Que no se trate de acto administrativo que la Constitución o la ley exijan la intervención del Poder Judicial para su ejecución.
6. En el caso de procedimientos trilaterales, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el Artículo 713º, Inciso 4) del Código Procesal Civil, (2) modificado por la Ley N° 28494, una vez que el acto quede firme o se haya agotado la vía administrativa.

En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a las partes involucradas.

De forma adicional, la Ley de Ejecución Coactiva agrega en el Numeral 9.1 de su Artículo 9º el concepto de obligación exigible al administrado en vía coactiva:

Artículo 9º

9.1 Se considera obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo emitido conforme a ley, debidamente notificado y *que no haya sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o en el que hubiere recaído resolución firme confirmando la obligación* (la cursiva es nuestra).

Una vez delimitadas las características del acto administrativo que puede ser exigido de manera forzosa, así como de la obligación que es exigible por esta vía, la Ley de Ejecución Coactiva desarrolla, en su Artículo 14º, los requisitos que deben cumplirse para dar inicio al procedimiento de ejecución coactiva per se:

Artículo 14º.- *El Procedimiento se inicia con la notificación al Obligado de la Resolución de Ejecución Coactiva, la que contiene un mandato de cumplimiento de una Obligación Exigible conforme el Artículo 9º de la presente Ley; y dentro del plazo de siete (7) días hábiles de notificado, bajo apercibimiento de dictarse alguna medida cautelar o de iniciarse la ejecución forzada de las mismas en caso de que éstas ya se hubieran dictado en base a lo dispuesto en el artículo 17 de la presente Ley.*

El Ejecutor Coactivo *sólo podrá iniciar el procedimiento de ejecución coactiva* cuando haya sido debidamente notificado el acto administrativo que sirve de título de ejecución, *y siempre que no se encuentre pendiente de vencimiento el plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente y/o haya sido presentado por el Obligado dentro del mismo* (la cursiva es nuestra).

De lo hasta aquí expuesto, se observa que:

- a) Solo aquellos actos administrativos que cumplen con los presupuestos expresamente establecidos en el Artículo 194º de la LPAG pueden ser objeto de ejecución forzosa.
- b) La obligación exigible coactivamente (a) no debe haber sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o (b) debe haber recaído sobre ella resolución firme que confirma la obligación.
- c) Para iniciar el procedimiento de ejecución coactiva es necesario que (a) el acto administrativo que sirve de título de ejecución se encuentre debidamente notificado y (b) no se encuentre pendiente el vencimiento del plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente o que no haya sido presentado el recurso administrativo dentro del plazo.

Como puede observarse de la síntesis arriba detallada, en ningún caso –ni para considerar que un acto administrativo es materia de ejecución forzada, ni que una obligación es exigible coercitivamente o para determinar el inicio de la ejecución coactiva– es requisito que el ejecutor coactivo deba esperar al vencimiento del plazo para la interposición de la demanda contencioso administrativa. Más aún, el Artículo 14º de la Ley de Ejecución Coactiva señala que el procedimiento de ejecución coactiva se inicia con la notificación al obligado de la resolución de ejecución coactiva que contiene el mandato de cumplimiento de la obligación exigible dentro del plazo de siete (7) días hábiles de notificado,

plazo luego del cual el ejecutor coactivo queda automáticamente habilitado a dictar medidas cautelares o iniciar la ejecución forzada de aquellas impuestas según el Artículo 17º de la Ley de Ejecución Coactiva.

En efecto, se ha dado inicio al procedimiento de ejecución coactiva como lo ordena el Artículo 14º de la Ley de Ejecución Coactiva, que, en el Numeral 17.1. del Artículo 17º de dicha ley, establece que, vencido el plazo de siete (7) días hábiles al que se refiere el Artículo 14º sin que el obligado haya cumplido con el mandato contenido en la resolución de ejecución coactiva, el ejecutor podrá disponer que se traben cualquiera de las medidas cautelares establecidas en el Artículo 33º de la referida ley, o, en su caso, mandará a ejecutar forzosamente la obligación de hacer o no hacer.

Distinto es el caso en el que la Ley de Ejecución Coactiva dispone o regula la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva, hecho que de por sí determina la preexistencia de un procedimiento de ejecución coactiva iniciado o en trámite. Al respecto, el Literal e) del Artículo 16º de la Ley de Ejecución Coactiva establece que ninguna autoridad administrativa o política puede suspender el procedimiento de ejecución coactiva, con excepción del ejecutor coactivo que debe hacerlo, bajo responsabilidad, cuando:

(...) se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión o demanda contencioso-administrativa presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el Artículo 18º, numeral 18.3, de la presente Ley (...).

Como puede observarse, el Literal e) Artículo 16º de la Ley de Ejecución Coactiva se aplicaría en aquellos casos en los que, una vez iniciado el procedimiento de ejecución coactiva, se configure alguno de los presupuestos expresamente detallados en dicho artículo. En una lectura detallada del referido literal, observamos que nos encontraríamos ante tres (3) supuestos distintos de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva: (i) cuando se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión, o (ii) la demanda contencioso administrativa haya sido presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o (iii) la demanda contencioso administrativa haya sido presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el Artículo 18º, Numeral 18.3 de la Ley de Ejecución Coactiva.

Esta lectura del Literal e) del Artículo 16º de la Ley de Ejecución Coactiva resultaría coherente con lo dispuesto por el Artículo 14º de dicha ley, en tanto aquel recoge como condición para suspender el procedimiento de ejecución coactiva que “no se encuentre pendiente de vencimiento el plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente y/o haya sido presentado por el obligado dentro del mismo” (entendiéndose como interposición de recurso administrativo los recursos de reconsideración, apelación o revisión). Esto agrega dos situaciones distintas y particulares para la suspensión de dicho procedimiento, que implica, en ambos casos, la presentación de la demanda contencioso administrativa (una contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución y otra contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el Artículo 18º, Numeral 18.3, de la Ley de Ejecución Coactiva). La interposición de dicho recurso judicial y la remisión al ejecutor coactivo de la prueba de que esto se ha realizado sería el mecanismo que detendría o suspendería el procedimiento de ejecución coactiva una vez que el ejecutor así lo haya determinado.

En esta línea, el Numeral 16.3 del Artículo 16º de la Ley de Ejecución Coactiva establece que “[e]l Obligado podrá solicitar la suspensión del Procedimiento siempre que se fundamente en alguna de las causales previstas en el presente artículo, presentando al Ejecutor las pruebas correspondientes”. En este sentido, si el administrado presentara medio probatorio (por ejemplo, el cargo de presentación de la demanda ante el Poder Judicial) que demuestre que presentó demanda contencioso administrativa dentro del plazo, el ejecutor coactivo tendría que proceder con la suspensión. Así también lo afirma Pedreschi cuando señala que “[l]a concurrencia de las causales de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva puede ser sustentada en cualquier medio probatorio, siempre que el mismo resulte idóneo, siendo para tales efectos de aplicación lo previsto con carácter general en los artículos 162º y siguientes de la Ley N° 27444”<sup>11</sup>.

En tal sentido, para que la interposición de la demanda contencioso administrativa suspenda el proceso de ejecución coactiva, tal como lo dispone el Literal e) Artículo 16º de la Ley de Ejecución Coactiva, resultaría necesario que dicho procedimiento haya sido iniciado, puesto que el inicio del procedimiento de ejecución coactiva no se encontraría supeditado al transcurso del plazo legal para interponer la demanda contencioso administrativa. En esa línea, la

---

11 PEDRESCHI, Willy. “Breves notas sobre el tratamiento actual del procedimiento de ejecución coactiva de las obligaciones no tributarias de competencia de la Administración Pública”. *Revista Derecho & Sociedad* N° 25, 2008, p. 346, Lima.

Corte Superior de Justicia de Lima ha sostenido este mismo argumento en los considerandos octavo y noveno de la Resolución N° 13 recaída en el Expediente 572-2006, llevado por Expreso Wari S.A.C. contra Indecopi:

Octavo.- que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 14 de la referida Ley, “El Ejecutor Coactivo sólo podrá iniciar el procedimiento cuando haya sido debidamente notificado el acto administrativo que sirve de título de ejecución, y siempre que no se encuentre pendiente de vencimiento el plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente”.

Noveno.- que, en puridad y de acuerdo a una interpretación sistemática, *el inicio del procedimiento coactivo no se encuentra supeditada al vencimiento del plazo establecido en la Ley para la interposición de la revisión o demanda contencioso administrativa, como erróneamente sostiene el demandante* (la cursiva es nuestra).

Ahora bien, en la misma línea de análisis, tenemos que las normas especiales que regulan la ejecutividad y ejecutoriedad de resoluciones emitidas por últimas instancias administrativas agregan requisitos específicos a fin de salvaguardar la ejecutoriedad de sus decisiones. Así, por ejemplo, el Artículo 19° del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)<sup>12</sup> establece que las resoluciones emitidas por las salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual se ejecutan inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado presente la demanda judicial correspondiente. Adicionalmente, cuando una sala del tribunal emite una resolución que impone o confirma parcial o totalmente la determinación de una obligación susceptible de ejecución coactiva, la impugnación de la resolución ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo suspende el correspondiente procedimiento de ejecución coactiva, solo si el cumplimiento de dicha obligación es garantizado mediante carta fianza.

Con la misma perspectiva, el Artículo 20-A de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>13</sup>, al regular la ejecutoriedad de las resoluciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), establece que la sola presentación de una demanda contencioso administrativa, de amparo u otra no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por dicha entidad. De esta manera, impone –sin perjuicio de los requisitos y demás

---

12 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de junio del 2008.

13 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo del 2009.

regulaciones establecidas en el Código Procesal Civil en materia de medidas cautelares– que cuando el administrado, en cualquier tipo de proceso judicial, solicite una medida cautelar que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas (incluidas aquellas dictadas dentro del procedimiento de ejecución coactiva o que tengan por objeto limitar cualquiera de las facultades del OEFA previstas) presenten contracautela personal o real (y en ningún caso caución juratoria) que cumpla con estrictos requisitos mínimos.

De tal manera, se aprecia que las distintas entidades del Estado han mejorado y superado los mecanismos establecidos en la propia Ley de Ejecución Coactiva para velar por el debido cumplimiento y la ejecutoriedad de las resoluciones de sus tribunales de última instancia, a fin de que la presentación de acciones contencioso administrativas detengan sus efectos si y solo si son acompañadas de cartas fianza o medidas cautelares debidamente respaldadas, como ocurre en el caso del OEFA.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, resultaría factible sostener que la ejecución del acto administrativo se inicia de forma independiente al vencimiento del plazo de tres (03) meses para interponer la demanda contencioso administrativa contra el acto que sirve como título para la ejecución, pudiendo el ejecutor coactivo, incluso, interponer medidas cautelares una vez vencido el plazo de siete días útiles a que hace referencia el Artículo 14º de la Ley de Ejecución Coactiva. El ejecutor debe suspender, bajo responsabilidad, el procedimiento de ejecución, una vez que el administrado demuestre con medio probatorio que ha interpuesto la respectiva demanda contencioso administrativa dentro del plazo de ley, y por ende, se configure la condición de suspensión regulada por el Literal e) del Artículo 16º de la Ley de Ejecución Coactiva. Asimismo, en el caso de las normas especiales que disponen que la mera presentación de la demanda contencioso administrativa no paraliza los efectos de la resolución de última instancia cuestionada debe, adicionalmente, cumplirse con los requisitos estrictos que velen la efectiva ejecutoriedad de las resoluciones administrativas.

### **III. ¿PUEDE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DECLARAR DE OFICIO LA PRESCRIPCIÓN DE SU FACULTAD PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS?**

Como lo sostiene la doctrina, la prescripción es una institución jurídica ligada históricamente al derecho privado y al proceso civil, con origen en el derecho romano<sup>14</sup>. Se ha definido a la prescripción como el “[m]odo de extinguirse los

---

14 VIDAL, Fernando. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo X. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 253.

derechos patrimoniales por no ejercerlos su titular durante el lapso determinado en la ley<sup>15</sup>.

La finalidad de dicha institución es brindar al sujeto, titular de una obligación, la facultad de liberarse del pago de la misma alegando, en un proceso judicial, el transcurso de cierto plazo establecido legalmente sin que el sujeto acreedor le hubiera requerido el pago.

Al cobrar autonomía el derecho administrativo, este importa para sus procedimientos ciertas instituciones del derecho privado, entre las cuales se encuentra la prescripción<sup>16</sup>.

Así, el Artículo 233.1 de la LPAG establece lo siguiente:

- a) La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales.
- b) Esto sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción.
- c) En caso no hubiera sido determinado, la facultad de determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe a los cuatro (04) años.

El Artículo 233.3 de la LPAG continúa señalando que los administrados plantean la prescripción por vía de defensa, y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, y, en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa.

Resulta claro que la prescripción, como figura del procedimiento administrativo sancionador, se encuentra regulada en la LPAG. No obstante, se encuentra expresamente reconocida, únicamente, la prescripción alegada por los administrados en vía de defensa y no la prescripción de oficio invocada por la autoridad administrativa. Ante ello, cabe analizar si es posible que la Administración Pública declare de oficio la prescripción de su facultad para determinar la existencia de infracciones administrativas.

---

15 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Heliasta. Décimo octava edición, 1981, p. 376.

16 Respecto a la evolución del derecho administrativo como rama autónoma ver: RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Duodécima edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 19.



Al respecto, conviene mencionar que nuestra legislación civil no deja dudas sobre el hecho de que la prescripción puede ser alegada, únicamente, por el deudor, por lo que queda proscrita la declaración de oficio<sup>17</sup>. En efecto, el Artículo 1992º del Código Civil establece claramente que “[e]l juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada”. No obstante, en materia administrativa, si bien el citado Artículo 233º de la LPAG indica que los administrados plantean la prescripción por vía de defensa, dicha ley, en ninguno de sus artículos, establece la limitación de la Administración Pública de declarar de oficio la prescripción de su facultad de determinar la existencia de infracciones administrativas.

La regla de la declaración de la prescripción a pedido de parte cobra sentido en un proceso civil en el cual se ventilan intereses privados, por lo que, en caso lo desee, la parte beneficiada por la prescripción, podrá renunciar a ella. Ahora bien, declarar de oficio, por parte de la Administración, la prescripción de su propia facultad de determinar la existencia de infracciones administrativas también resultaría favorable para los administrados, a fin de evitar que estos sean expuestos por tiempo ilimitado a la facultad de sancionar de la Administración Pública.

En el mismo sentido, el grupo de trabajo encargado de revisar y modificar la LPAG ve la necesidad de regular la prescripción de oficio invocada por la autoridad administrativa<sup>18</sup>. En efecto, el modificado Artículo 233.3 de la LPAG que propone el grupo de trabajo señala lo siguiente:

*233.3 La autoridad declarará de oficio la prescripción y dará por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados podrán plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos.*

En caso se declare la prescripción, la autoridad iniciará las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa (la cursiva es nuestra)<sup>19</sup>.

---

17 Artículo 1992º del Código Civil.- Prohibición de declarar de oficio la prescripción  
El juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada.

18 Grupo creado mediante Resolución Ministerial N° 0155-2012-JUS (y modificatorias) emitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

19 Anteproyecto de la ley que propone la modificación de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.



Al respecto, al explicar las modificaciones contenidas en el anteproyecto de la ley que propone la modificación de la LPAG, el grupo señala sobre el nuevo Artículo 233.3 lo siguiente:

Hoy expresamente se señala que la autoridad declarará de oficio la prescripción y dará por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Ello se añade a lo ya anteriormente previsto en la referida disposición, donde se establece que los administrados podrán plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos. Se mantiene también la referencia, aplicable a los dos supuestos que hoy incluye el numeral 233.3 del artículo 233, que en caso se declare la prescripción, la autoridad iniciará las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa.

Resulta interesante verificar que el grupo de trabajo no solo busca tutelar el derecho privado para no ser ilimitadamente perseguido por la acción sancionadora de la administración, al regular la declaración de oficio de la prescripción, sino que a su vez, busca proteger el interés público al incluir en este caso la determinación de las causas y responsabilidades de la inacción administrativa en caso deba plantearse la prescripción de oficio (tal como ocurre también en el caso de la solicitud de prescripción de parte).

Ahora bien, esta propuesta toma mayor claridad al verificar que la prescripción en materia administrativa se encuentra relacionada a la competencia asignada a la autoridad administrativa para sancionar infracciones, circunstancia que exige evaluar de oficio si el plazo de prescripción ha transcurrido, tomando en consideración que la competencia es un requisito de validez de los actos administrativos que debe ser necesariamente analizada en cada caso, y los principios de legalidad y debido procedimiento regulados de manera precisa por el Artículo 230º de la LPAG al referirse a la potestad sancionadora administrativa.

Precisamente, dicha exigencia de evaluar qué obliga a la Administración a determinar si el plazo de prescripción ha transcurrido, se encuentra en el centro mismo de la competencia del órgano sancionador. Al respecto, el Tribunal del Indecopi a través de la Resolución 079-2010/SC2 ha señalado lo siguiente:

De acuerdo a lo expuesto, *la prescripción en materia de protección al consumidor está vinculada a la competencia* asignada a la Comisión y a la Sala. Para sancionar infracciones de Decreto Legislativo 716, *situación que exige evaluar de oficio el plazo de prescripción, aun cuando no haya sido alegado en la vía de defensa*, tomando en cuenta que la competencia es un requisito de validez de los actos administrati-

vos y que por tanto debe ser analizada en cada caso al margen de que haya sido o no invocada por las partes. Ello en aplicación del principio de legalidad que debe regir toda actuación de la Administración Pública (la cursiva es nuestra).

En efecto, tal como establece el Artículo 3º de la LPAG, la competencia es un requisito de validez del acto administrativo, ya que dicho acto debe ser emitido por el órgano administrativo facultado en razón de materia, territorio grado, tiempo o cuantía. Como señala Dromi, “la competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente”<sup>20</sup>.

Morón, sobre la prescripción administrativa, indica que la consecuencia de esta es justamente convertir en incompetente al órgano sancionador dado el transcurso del tiempo, de manera que dicho órgano queda impedido de abrir o proseguir con el procedimiento sancionador<sup>21</sup>.

La jurisprudencia comparada continúa en esta línea. Por ejemplo, el Tribunal Supremo español se pronuncia a favor de que la prescripción de las infracciones administrativas sea evaluada de oficio por la autoridad administrativa:

(...) no se refiere a la prescripción adquisitiva o extintiva de acciones o derechos, lo que pudiera entrar en el poder adquisitivo de las partes, según la doctrina civil, sino de *una condición objetiva necesaria para que se ejerza el poder sancionador de la Administración*, obligatoria para ésta e irrenunciable para el infractor; (...) en el transcurso del plazo señalado por la ley sin que se imponga sanción, determina la imposibilidad legal de efectuarlo y, si se ha hecho, se produce la nulidad radical de la sanción impuesta (la cursiva es nuestra)<sup>22</sup>.

En efecto, de acuerdo a lo señalado por Maraví, la prescripción es una figura procesal que impide la persecución de la infracción dado que ha transcurrido el plazo para su persecución y castigo, lo que le otorga, de esta manera seguridad jurídica y plazo razonable para que una infracción pueda ser perseguida y sancionada<sup>23</sup>.

---

20 DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. Vol. I. Ciudad Argentina: Buenos Aires-Madrid, p. 361.

21 MORÓN, Juan Carlos. Óp. cit., p. 733.

22 Sentencia del 5 de diciembre de 1988, Artículo 9320º. Ver: NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta Edición, Madrid: Editorial Tecnos, 2005, pp. 391-392.

23 MARAVÍ, Milagros. “Alegación de la figura de la prescripción”. *Revista Jurídica Thomson Reuters*. Año 1. Nº 6, 4 de febrero del 2013, p. 2, Lima.

La posición de Maraví es reforzada por las consideraciones del propio Tribunal Constitucional al analizar los derechos procesales constitucionales de los administrados frente a la potestad sancionadora de los órganos de la administración, a través de la sentencia emitida en el Expediente 8092-2005-PA/TC que señala lo siguiente: “Como se ha dicho en los fundamentos precedentes, la administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, tiene el irrestricto deber de respetar los *derechos procesales constitucionales de los administrados entre los que se encuentra el instituto procesal de la prescripción (...)*” (la cursiva es nuestra).

Tomando en consideración lo hasta aquí planteado, diversas entidades administrativas peruanas regulan la declaración de prescripción de oficio durante el procedimiento administrativo sancionador, lo que otorga facultades expresas a sus órganos y tribunales para evaluar y declarar de oficio la prescripción de la potestad sancionadora.

Así, tenemos la Resolución de Contraloría N° 243-2012-CG que aprueba la modificación de la estructura orgánica y del Reglamento de Organización y Funciones de la Contraloría General de la República que en el Numeral 5 de su Artículo 135° señala como funciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas “evaluar y declarar de oficio la prescripción de la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional”.

De otro lado, encontramos la Resolución de Contraloría No. 333-2011-CG que aprobó el Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional, el cual regula la prescripción declarada de oficio en cualquier instancia o etapa del proceso sancionador.

Asimismo, la Resolución Ministerial N° 067-2011-VIVIENDA que modifica el Reglamento de Procesos Administrativos Disciplinarios del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento en su Artículo 42° (prescripción de la acción administrativa) señala que la prescripción será declarada de oficio o a pedido de parte en vía de defensa y la autoridad deberá resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, por lo que, en caso de estimarla fundada, debe disponer que la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios pertinente eleve un informe que detalle las causas de la prescripción a fin de dilucidar el inicio de las acciones administrativas a que hubiere lugar.

En tal sentido, y con base en lo hasta aquí señalado, observamos que la competencia asignada a la autoridad administrativa para sancionar infracciones exige evaluar de oficio si el plazo de prescripción ha transcurrido, tomando en consideración que la competencia es un requisito de validez de los actos administrativos que debe ser necesariamente analizada en cada caso, en función a los principios de legalidad y debido procedimiento regulados de manera

precisa por el Artículo 230º de la LPAG al referirse a la potestad sancionadora administrativa. Así, siguiendo esta posición, diversas entidades administrativas regulan la determinación de la prescripción de oficio de la potestad sancionadora.

No obstante, dicha regulación particular debiera contemplar al menos los siguientes supuestos:

- a) Plazo de prescripción para la facultad de determinar la existencia de infracciones administrativas (puede ser especial –distinto a los cuatro años establecidos por la LPAG– atendiendo las circunstancias particulares del proceso de fiscalización ambiental)
- b) Plazo de prescripción para el cobro o ejecución de las sanciones impuestas
- c) El cómputo del plazo de la prescripción en (a) y (b)
- d) Los supuestos de suspensión del cómputo del plazo para la prescripción en (a) y (b)
- e) La facultad de evaluar y declarar de oficio la prescripción de la potestad sancionadora de la entidad respectiva

De esta manera, concluimos que la declaración de prescripción de oficio de la Administración Pública es factible, precisamente, para proteger el interés privado y evitar una persecución ilimitada en el tiempo. No obstante, en protección del interés público, en caso se declare la prescripción, la autoridad deberá iniciar las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Conforme a lo dispuesto por el Artículo 192º de la LPAG, todo acto administrativo tiene carácter ejecutorio, salvo que exista alguna disposición legal en contrario, mandato judicial o se encuentre sujeto a condición o plazo. Para recurrir a su ejecución forzosa, la Administración Pública debe verificar que se cumplan los requisitos establecidos por el Artículo 194º de la LPAG.
2. El procedimiento de ejecución coactiva se inicia con la notificación al obligado de la resolución de ejecución coactiva que contiene el mandato de cumplimiento de la obligación exigible dentro del plazo de siete (7)

días hábiles de notificado, plazo luego del cual el ejecutor coactivo queda habilitado a dictar medidas cautelares o iniciar la ejecución forzada de aquellas obligaciones impuestas según el Artículo 17º de la Ley de Ejecución Coactiva.

3. El Literal e) del Artículo 16º de la Ley de Ejecución Coactiva nos enfrenta a tres (3) supuestos distintos de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva: (i) cuando se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión, o (ii) la demanda contencioso administrativa haya sido presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o (iii) la demanda contencioso administrativa haya sido presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el Artículo 18º, numeral 18.3 de la Ley de Ejecución Coactiva.
4. El segundo supuesto planteado por el Literal e) del Artículo 16º de la Ley de Ejecución Coactiva evidencia la viabilidad jurídica de iniciar procedimientos de ejecución coactiva antes del vencimiento del plazo de tres (03) meses que tienen los administrados para interponer una demanda contencioso administrativa que busque impugnar el acto que agota la vía administrativa.
5. Distintas entidades del Estado han mejorado y superado los mecanismos establecidos en la Ley de Ejecución Coactiva para velar por el debido cumplimiento y la ejecutoriedad de sus resoluciones cuestionadas, a fin de que la presentación de acciones contencioso administrativas detengan sus efectos si y solo si son acompañadas de cartas fianzas o medidas cautelares debidamente respaldadas, como ocurre en el caso del OEFA.
6. Si bien el Artículo 233º de la LPAG indica que los administrados plantean la prescripción por vía de defensa, dicha ley no establece la limitación de la administración pública de declarar de oficio la prescripción de su facultad de determinar la existencia de infracciones administrativas.
7. La prescripción en materia administrativa se encuentra relacionada a la competencia asignada a la autoridad administrativa para sancionar infracciones, circunstancia que exige evaluar de oficio si el plazo de prescripción ha transcurrido, tomando en consideración que la competencia

- es un requisito de validez de los actos administrativos que debe ser necesariamente analizada en cada caso.
8. Declarar de oficio la prescripción de la facultad de determinar la existencia de infracciones administrativas resulta favorable para los administrados para no verse expuestos de manera ilimitada en el tiempo a la facultad de sancionar de la Administración Pública.
  9. Diversas entidades administrativas peruanas regulan la declaración de prescripción de oficio durante el procedimiento administrativo sancionador, y otorgan, de este modo, facultades expresas a sus órganos y tribunales para evaluar y declarar de oficio la prescripción de la potestad sancionadora.

## BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS, Guillermo

1981 *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo VI. Décimo octava edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

DROMI, Roberto

2004 *Derecho administrativo*. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina.

MARAVÍ, Milagros

2013 "Alegación de la figura de la prescripción". *Revista Jurídica Thomson Reuters*. Lima, número 6.

MORÓN, Juan Carlos

2009 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava edición. Lima: Gaceta Jurídica.

NIETO, Alejandro

2005 *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos.

PEDRESCHI, Willy

2008 "Breves notas sobre el tratamiento actual del procedimiento de ejecución coactiva de las obligaciones no tributarias de competencia de la Administración Pública". *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, número 25.

REAÑO, Johanna

s/a *Reflexiones sobre la determinación de responsabilidad civil dentro del proceso de cobranza coactiva*. Tesis para optar el grado de magíster. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Unidad de Post Grado de Derecho.

RIZO, Armando

1992 *Manual elemental de derecho administrativo*. León: Editorial Universitaria de la UNAN. Consulta: 27 de febrero del 2014.

<[http://issuu.com/ultimosensalir/docs/manual\\_elemental\\_de\\_derecho\\_administrativo-pdf](http://issuu.com/ultimosensalir/docs/manual_elemental_de_derecho_administrativo-pdf)>

RODRÍGUEZ, Libardo

2000 *Derecho administrativo general y colombiano*. Duodécima edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.

TIRADO, José Antonio

2003 “La ejecución forzada de los actos administrativos en la Ley 27444”. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Ara Editores.

VIDAL, Fernando

2005 *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo X. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica.

## LA POTESTAD SANCIONADORA Y EL COBRO DE MULTAS DEL OEFA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

CÉSAR IPENZA PERALTA  
ROY CÁRDENAS VELARDE

### SUMARIO

*En el presente artículo, los autores analizan, en primer lugar, la constitucionalidad de la potestad sancionadora del OEFA, considerando los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad, non bis in idem, publicidad y pluralidad de instancia. Luego de ello, proceden a adentrarse en el estudio de la ejecutoriedad de las resoluciones que dicta el OEFA, abordando temas como la contracautela y la relación jurídica que se genera entre el OEFA y el administrado, así como principios jurídicos relevantes como son la no confiscatoriedad, razonabilidad, proporcionalidad y el debido procedimiento administrativo.*

I. Introducción. II. La potestad sancionadora administrativa del OEFA. III. Los principios de la potestad sancionadora administrativa. IV. Análisis del Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM, que aprueba disposiciones reglamentarias del Artículo 20-A de la Ley N° 29325. V. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses, mucho se ha discutido sobre si, a raíz de la dación de la Ley N° 30011<sup>1</sup> que modifica la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Eva-

1 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de abril del 2013.

El Artículo 20-A, Ejecutoriedad de las resoluciones del OEFA, señala que “la sola presentación de una demanda contencioso administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).



luación y Fiscalización Ambiental<sup>2</sup>, las multas del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) son impugnables en sede administrativa y si es o no exigible su cobro<sup>3</sup>. De manera específica, el Artículo 20-A del dispositi-

---

Sin perjuicio de los requisitos y demás regulaciones establecidas en el Código Procesal Civil en materia de medidas cautelares, cuando el administrado, en cualquier tipo de proceso judicial, solicite una medida cautelar que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas, incluso aquellas dictadas dentro del procedimiento de ejecución coactiva o que tengan por objeto limitar cualquiera de las facultades del OEFA previstas en la presente ley y normas complementarias, son de aplicación las siguientes reglas:

- a) Para admitir a trámite las medidas cautelares, los administrados deben cumplir con presentar una contracautela de naturaleza personal o real. En ningún caso el juez puede aceptar como contracautela la caución juratoria.
- b) Si se ofrece contracautela de naturaleza personal, esta debe consistir en una carta fianza bancaria o financiera a nombre del OEFA, de carácter irrevocable, incondicional, de ejecución inmediata y sin beneficio de excusión, otorgada por una entidad de primer orden supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y administradoras privadas de fondos de pensiones.
- c) Dicha garantía debe tener una vigencia de doce meses renovables y ser emitida por el importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar.
- d) La carta fianza debe ser renovada y actualizada, en tanto se mantenga vigente la medida cautelar, dentro de los veinte días hábiles previos a su vencimiento, de acuerdo al monto de la deuda acumulada a la fecha de su renovación. En caso de que no se renueve la carta fianza o no se actualice su importe en el plazo antes indicado, el juez procede a su ejecución inmediata.
- e) Si se ofrece contracautela real, esta debe ser de primer rango y cubrir el íntegro del importe de la deuda derivada del acto administrativo cuyos efectos se pretende suspender o dejar sin efecto, actualizada a la fecha de solicitud de la medida cautelar.
- f) El OEFA se encuentra facultado para solicitar a la autoridad judicial que se varíe la contracautela, en caso de que esta haya devenido en insuficiente con relación al monto concedido por la generación de intereses. El juez debe disponer que el solicitante cumpla con la adecuación de la contracautela ofrecida.
- g) En aquellos casos en los que se someta a revisión del órgano judicial competente, la legalidad y el cumplimiento de las normas previstas para el inicio y trámite del procedimiento de ejecución coactiva mediante demanda de revisión judicial regulada en la Ley N° 26979 - Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, la ejecución coactiva solo es suspendida si el cumplimiento de la obligación es garantizado mediante contracautela, la que debe cumplir con iguales requisitos a los señalados en los incisos precedentes”.

2 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo del 2009.

3 En dicho contexto, las sanciones impuestas por esta entidad –como por ejemplo, posibles paralizaciones– sí son exigibles aun cuando sean impugnadas, salvo que la autoridad suspenda expresamente sus efectos.

vo bajo análisis establece que, en caso las multas impuestas sean confirmadas por el Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA)<sup>4</sup>, su cobro es exigible coactivamente, aun en caso de que el administrado haya interpuesto una demanda contencioso administrativa, de amparo o cualquier otro proceso judicial.

Con relación a lo anterior, parte importante de la discusión se ha centrado en determinar si el hecho de exigir una contracautela de naturaleza personal (carta fianza) o real –prohibiéndose la caución juratoria– vulnera o no derechos de los administrados en el marco de un proceso contencioso administrativo. La misma exigencia resultaría aplicable para la interposición de una demanda de revisión judicial de legalidad que discuta el inicio o trámite de una ejecución coactiva.

En ese contexto, debemos tener presente el Numeral 216.1 del Artículo 216º de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>5</sup>, que señala que la interposición de un recurso no suspende la ejecución del acto impugnado; en este caso, una resolución de sanción administrativa.

---

4 El Tribunal de Fiscalización Ambiental ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el tribunal es de obligatorio cumplimiento.

5 Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General  
"Artículo 216º.- Suspensión de la Ejecución

- 216.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.
- 216.2 No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguiente circunstancias:
- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
  - b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.
- 216.3 La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.
- 216.4 Al disponerse la suspensión podrán adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.
- 216.5 La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso-administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió".

Hecha esta aclaración, resulta pertinente recordar cuáles son las medidas que puede dictar el OEFA, de acuerdo a lo señalado en la Ley N° 29325, modificada por Ley N° 30011:

- Amonestación
- Multa de hasta 30 000 UIT
- Decomiso, temporal o definitivo, de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción
- Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción
- Suspensión o cancelación del permiso, licencia, concesión o cualquier otra autorización, según sea el caso
- Clausura parcial o total, temporal o definitiva, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la infracción

Frente a estas consideraciones previas, analizaremos los elementos y principios de la potestad sancionadora del OEFA, a fin de vincularlos con las diversas sentencias del máximo órgano responsable de interpretar el marco constitucional: el Tribunal Constitucional.

## II. LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA DEL OEFA

Debemos empezar señalando que la potestad sancionadora administrativa es una extensión del *ius puniendi* del Estado que traspasa la esfera del ámbito penal y se materializa en el ámbito administrativo. Ahora bien, conviene precisar que, en este último ámbito, las entidades de la Administración Pública a las que se les ha otorgado potestad sancionadora se encuentran facultadas para:

- Determinar infracciones administrativas
- Imponer las sanciones correspondientes

De más está indicar que estas facultades deben ser ejercidas por las entidades de la Administración Pública observando lo contenido en la Constitución Política del Perú y, del mismo modo, en sus respectivas leyes, por medio de las cuales se les otorgó dicha potestad.

Con relación a lo anterior, no debemos olvidar que las entidades de la Administración Pública deben salvaguardar el derecho al debido procedimiento que tienen los administrados, entendiendo que, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional, el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar determinadas infracciones cometidas por los administrados, en este caso, en materia ambiental.

Sobre este punto, Morón<sup>6</sup> señala que el procedimiento administrativo sancionador tiende a cumplir dos objetivos: en primer lugar, permitir a la entidad de la Administración Pública con potestad sancionadora comprobar fehacientemente si se ha cometido algún ilícito y, en segundo lugar, garantizar al presunto administrado infractor ejercer su derecho a la defensa, alegando y probando lo que le resulte favorable y controlando la actuación del Estado.

Toca ahora precisar que el OEFA es un organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio del Ambiente (Minam), encargado de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental<sup>7</sup>. En este marco, el Artículo 11<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 29325, modificada por la Ley N<sup>o</sup> 30011, establece la facultad fiscalizadora y sancionadora del OEFA, la cual comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de *imponer sanciones* por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA<sup>8</sup>.

En consecuencia, el OEFA tiene, en virtud de lo señalado líneas arriba, facultades para determinar infracciones administrativas en el ámbito de sus compe-

---

6 MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 687.

7 Ley N<sup>o</sup> 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización ambiental, modificada por la Ley N<sup>o</sup> 30011

“Artículo 6.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo N<sup>o</sup> 1013 y la presente Ley. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental”.

8 Ley N<sup>o</sup> 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SIN-EFA), modificada por la Ley N<sup>o</sup> 30011

“Artículo 11<sup>o</sup>.- Funciones generales

(...)

c) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el Artículo 17<sup>o</sup>. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas”.

tencias, así como para imponer las sanciones correspondientes ante el incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables, como resultado de un procedimiento administrativo sancionador previo.

### III. LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA

Habiendo realizado el análisis previo con relación a la potestad sancionadora del OEFA, procederemos ahora a desarrollar los principios de la potestad sancionadora administrativa que el OEFA, al igual que otras entidades de la Administración Pública, debe observar en el desarrollo de sus facultades. El presente análisis se realizará a la luz de los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional<sup>9</sup> en sus diferentes sentencias, los cuales son:

- Principio de legalidad
- Principio de tipicidad
- Principio de culpabilidad
- Principio de proporcionalidad
- Principio de *non bis in idem*
- Principio de publicidad
- Principio de la doble instancia o pluralidad de instancias

Antes de abordar los principios de la potestad sancionadora administrativa, debemos indicar que los principios son herramientas a ser observadas por los jueces y funcionarios responsables de la Administración Pública, entre otros, que dan contenido y facilitan la aplicación de las normas sustantivas y/o adjetivas, dándoles dinamismo y permitiéndoles adaptarse a la siempre cambiante realidad a la que estamos sometidos.

En consecuencia, podemos indicar que la finalidad de los principios es el apoyar de la mejor manera el desarrollo del sistema jurídico y, en determinados casos, darle cierto dinamismo que le permita adaptarse a los cambios del día a día.

Cabe indicar que los principios de la potestad sancionadora administrativa tienen como finalidad orientar las facultades de las entidades de la Administración Pública<sup>10</sup>, así como proteger a los administrados de posibles actos arbitrarios por parte de las entidades de dicha administración<sup>11</sup>.

---

9 Sentencia N° 1873-2009-PA/TC, del 3 de setiembre del 2010.

10 Sentencia N° 8957-2006-PA/TC, del 22 de marzo del 2007.

11 GUZMÁN, Christian. *Tratado de la Administración Pública y del procedimiento administrativo*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011, p. 27.

Como se indicó inicialmente, la potestad sancionadora administrativa es una extensión del *ius puniendi* del Estado, motivo por el cual el derecho administrativo sancionador y el derecho penal comparten similares principios básicos del derecho sancionador<sup>12</sup>, entre ellos:

### a) Principio de legalidad

Este principio se encuentra definido en el Artículo 230º, Numeral 1) de la Ley N° 27444, el cual señala que solo por norma con rango de ley se podrá atribuir a las entidades de la Administración Pública la potestad sancionadora. En consecuencia, el principio de legalidad en sede administrativa se inobserva cuando una entidad de la Administración Pública se arroga determinada facultad sancionadora, que no le ha sido atribuida por ley.

Cabe destacar que este principio ha sido desarrollado de manera diferente por el Tribunal Constitucional<sup>13</sup> a lo largo de sus diferentes sentencias, señalando que el mismo constituye:

- Una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos
- Un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado

Adicionalmente, el colegiado ha indicado que este principio se encuentra consagrado en el Artículo 2º, Numeral 24, Literal d) de la Constitución Política, el cual señala que queda impedido atribuir la comisión de una falta si esta no se encuentra previamente determinada en la ley, así como prohíbe aplicar una sanción si esta no está previamente aprobada y publicada<sup>14</sup>.

Como se observa, la Ley N° 27444 define el principio de legalidad desde la óptica de la atribución de facultades a las entidades de la Administración Pública, en tanto el Tribunal Constitucional ha desarrollado este principio partiendo del aforismo *nullum crimen, nullum poena, sine lege*, que afirma que la ley debe preceder a la conducta sancionable, así como a la sanción a imponerse<sup>15</sup>.

---

12 Sentencia N° 2192-2004-AA/TC, del 11 de octubre del 2004.

13 *Ibidem*.

14 Sentencia N° 1514-2010-PA/TC, del 15 de octubre del 2010.

15 Sentencia N° 1873-2009-PA/TC, del 3 de setiembre del 2010.

## b) Principio de tipicidad

En el Artículo 230º, Numeral 4 de la Ley N° 27444, se señala que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica. Bajo esa definición, no se ajustan a este principio aquellas disposiciones legales genéricas, y se debe, necesariamente, establecer la conducta específica que será considerada como infracción.

El Tribunal Constitucional ha señalado, en el caso de Vicente Rodolfo Walde Jáuregui<sup>16</sup>, que este principio deriva de dos principios jurídicos específicos:

- Libertad: Señala que las conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones.
- Seguridad jurídica: Señala que los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos.

Al respecto, se debe reiterar que este principio tiene por objetivo delimitar el *ius puniendi* del Estado y evitar, así, la arbitrariedad de este al iniciar procedimientos sancionadores que, en primer lugar, no se encuentren previamente establecidos o, en segundo lugar, se inicien por conductas que no se encuentren previamente establecidas como infracciones y que sean, por lo tanto, sancionables.

Asimismo, la Ley N° 27444 señala que las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria. Esto quiere decir que la entidad puede establecer procedimientos y sanciones mediante reglamentos, siempre y cuando estos encuentren su sustento en la ley o no se extralimiten de estas. Por su parte, el Tribunal Constitucional señaló, en el caso de Carlos Israel Ramos Colque<sup>17</sup>, que la capacidad para regular mediante reglamento ha de ser *secum legem*, esto es, completando lo que en las leyes correspondientes se establezca.

---

16 *Ibidem*.

17 Sentencia N° 2050-2002-AA/TC, del 16 de abril del 2003.

Al respecto, Morón<sup>18</sup> señala que la tipificación de infracciones vía reglamento es una suerte de delegación del Poder Legislativo a la entidad de la Administración Pública en virtud de que esta última tiene un mayor conocimiento de los aspectos técnicos a ser considerados dentro de las infracciones a tipificar.

### **c) Principio de culpabilidad**

Si bien este principio no se encuentra establecido en la Ley N° 27444, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el caso de Vicente Rodolfo Walde Jauregui<sup>19</sup>, que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva.

Asimismo, el colegiado, en el caso de José Antonio Álvarez Rojas<sup>20</sup>, precisó que la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico.

Lo expuesto será de aplicación en tanto no exista una disposición especial que establezca el régimen de responsabilidad objetiva en la Administración Pública.

En el caso del OEFA, el Artículo 18° de la Ley N° 29325 establece que los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA. De ello se desprende que la autoridad ambiental podrá sancionar un ilícito administrativo si, durante el procedimiento administrativo sancionador, acredita que cometió el hecho.

A manera de síntesis, este principio busca, en el eventual caso de que el administrado sea sancionado, que toda sanción impuesta por las entidades de la Administración Pública acogidas al régimen de responsabilidad objetiva sean producto de un procedimiento en el cual se sancione tomando como fundamento que se cometió el hecho infractor.

### **d) Principio de proporcionalidad**

Al igual que el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad no se encuentra establecido en la Ley N° 27444; sin embargo, este guarda relación

---

18 MORÓN, Juan Carlos. Óp. cit., p. 713.

19 Sentencia N° 1873-2009-PA/TC, del 3 de setiembre del 2010.

20 Sentencia N° 2868-2004-AA/TC, del 24 de noviembre del 2004.



con el principio de razonabilidad establecido en el Artículo 230º, Numeral 3 de la referida ley, toda vez que señala que las sanciones a ser aplicadas deberán ser *proporcionales* al incumplimiento calificado como infracción, estableciendo criterios para ello.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la sanción que se imponga debe corresponderse con la conducta prohibida, de modo que están prohibidas las medidas innecesarias o excesivas<sup>21</sup>. Del mismo modo, en el caso de Gonzalo Antonio Costa Gómez<sup>22</sup>, se estableció que este principio se encuentra estructurado por tres principios: necesidad, adecuación y proporcionalidad, en el sentido estricto.

### e) Principio de *non bis in idem*

El Artículo 230º, Numeral 10 de la Ley N° 27444 señala que no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Con relación a lo anterior, debemos indicar que el principio *non bis in idem* busca, al igual que los demás principios de la potestad sancionadora administrativa, limitar el *ius puniendi* del Estado, toda vez que prohíbe la doble sanción a un mismo administrado.

Este principio no se encuentra expresamente establecido en la Constitución Política; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado, en sus diferentes sentencias, que este se encuentra implícito en el derecho al debido proceso reconocido en el Artículo 139º, Numeral 3 de la Constitución Política.

Resulta importante señalar que este principio tiene doble configuración:

<b>Material</b>	No se pueden imponer dos sanciones por un mismo hecho.
<b>Procesal</b>	Un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos.

21 Sentencia N° 1873-2009-PA/TC, del 3 de setiembre del 2010.

22 Sentencia N° 2192-2004-AA/TC, del 11 de octubre del 2004.

Entender este principio desde su vertiente procesal implica “(...) respetar de modo irrestricto el derecho de una persona de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho (...)”<sup>23</sup> o no “(...) ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir que un mismo supuesto fáctico no puede ser objeto de dos procesos penales distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos penales con el mismo objeto (...)”<sup>24</sup>. Por su parte, desde su vertiente material “(...) expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por la misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador (...)”<sup>25</sup>.

Además, cabe señalar que, para la aplicación de la garantía constitucional del principio *non bis in idem*, se requiere de la triple identidad, esto es, se debe tratar del mismo sujeto, hecho y fundamento<sup>26</sup>.

Finalmente, es necesario indicar que este principio no aplica, exclusivamente, a procesos seguidos en sede judicial, sino que también se puede presentar en *procedimientos en sede administrativa*; solo es necesario, como bien se señaló en el párrafo anterior, que se presente la triple identidad.

#### **f) Principio de publicidad**

Si bien este principio no se encuentra establecido en la Ley N° 27444, consideramos importante que el Tribunal Constitucional haya desarrollado la trascendencia del mismo en el ámbito administrativo, señalando que la publicidad

---

23 Sentencia N° 2050-2002-AA/TC, del 16 de abril del 2003.

24 *Ibidem*.

25 *Ibidem*.

26 Sobre el particular, la identidad de sujeto está relacionada con el imputado o sancionado, y no con la identidad de la víctima. Por otro lado, la identidad de hecho consiste en que los hechos que motivaron la sanción deben ser los mismos con relación al objeto del procedimiento posterior que viene siendo investigado o sancionado. Este presupuesto promueve el principio de la inmutabilidad de los hechos, esto es, que no se puede añadir, variar o modificar los hechos que son materia de investigación. Finalmente, la identidad de fundamento, de acuerdo a la doctrina como a la jurisprudencia, en la fórmula para identificar la identidad de fundamento se debe recurrir al bien jurídico o interés que se pretende proteger tanto por el tipo penal administrativo como el penal. GONZALES, Robinson. “El principio del ‘Ne bis in idem’. Su aplicación en el derecho administrativo sancionador y el derecho penal peruano”. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia-RAE Jurisprudencia*, tomo 34, 2011, p. 357, Lima.

de las normas constituye un requisito de validez, por lo cual su inobservancia constituye una violación del Artículo 109º de la Constitución Política<sup>27</sup>.

En ese sentido, las entidades de la Administración Pública no pueden iniciar procedimientos sancionadores en contra de administrados al amparo de leyes que, si bien han sido aprobadas, no han sido publicadas, ello debido a que, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional en el caso de Guillermo Leonardo Pozo García y 218 ciudadanos<sup>28</sup>, “[u]na ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia”.

En resumen, este principio pretende salvaguardar el principio de seguridad jurídica, al igual que el principio de tipicidad, debido a que se busca que los administrados puedan tener conocimiento de las acciones u omisiones que son consideradas como infracciones, así como el procedimiento al cual será sometido y de las eventuales sanciones de las que podrían ser pasibles.

### **g) Principio de la doble instancia o pluralidad de instancias**

En el principio universal del *ius puniendi*, dentro del cual está el derecho administrativo sancionador, se consagra la doble instancia como regla general, y solo en casos muy especiales y expresamente consagrados por la ley es probable hacer excepciones. Como se trata de excepciones, estas jamás podrán aplicarse analógicamente.

Este principio de pluralidad de instancia se encuentra recogido en la Constitución Política del Perú, en el Artículo 139º, Numeral 6, y previsto, además, de manera expresa, en el Literal h) del Artículo 8º, Numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “[d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho a recurrir del fallo ante el juez o el tribunal superior”.

De acuerdo con ello, el derecho a la pluralidad de instancia reconoce de manera expresa el derecho de todo justiciable o administrado a recurrir una sentencia o resolución que pone fin a la instancia, especialmente cuando ella le es adversa a sus derechos y/o intereses. Sin embargo, tal derecho no implica la potestad del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que

---

27 Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 109º. La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

28 Sentencia N° 0017-2005-PI/TC, del 22 de enero del 2007.

se emitan al interior de un proceso. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “se trata de un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador determinar en qué casos, aparte de la resolución que pone fin a la instancia, cabe la impugnación” (Cf. STC N° 05019-2009-PHC/TC, fundamento 3)<sup>29</sup>. Bajo esa lógica el adecuado ejercicio del derecho de acceso a los recursos o medios impugnatorios supone directamente la utilización de los mecanismos que ha diseñado normativamente el legislador para que los justiciables puedan cuestionar las diversas resoluciones expedidas por el órgano jurisdiccional.

#### **IV. ANÁLISIS DEL DECRETO SUPREMO N° 008-2013-MINAM, QUE APRUEBA DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS DEL ARTÍCULO 20-A DE LA LEY N° 29325**

Frente a todo lo señalado anteriormente, el Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM, que aprueba las disposiciones reglamentarias del Artículo 20-A de la Ley N° 29325, modificada por Ley N° 30011, tiene elementos que nos permitirán evidenciar si se condice con el marco constitucional.

##### **1. La contracautela**

En este punto pretendemos establecer si se puede considerar o no el ofrecimiento de la contracautela, en los términos señalados en el Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM, como forma de pago de la multa impuesta y, por ende, el cumplimiento de la sanción. Para ello, se debe comenzar analizando las características y finalidades de las medidas cautelares, debido a que la contracautela se configura a partir de una solicitud de medida cautelar.

##### **a) Medida cautelar**

La medida cautelar es una herramienta procesal que tiene por finalidad garantizar la eficacia de una sentencia que ha de expedirse en un proceso principal, de manera que, en el caso de que la pretensión demandada en el proceso principal sea desestimada, entonces la medida cautelar deja de tener vigencia.

---

<sup>29</sup> El Tribunal Constitucional ha señalado, respecto al derecho a los recursos o medios impugnatorios, que, en tanto derecho de configuración legal, corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se deben cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir. Su contenido constitucionalmente protegido garantiza que no se establezcan ni apliquen condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio (Cf. STC Exp. N° 5194-2005-PA/TC, fundamento 5).

Con relación a lo anterior, como bien señala Mesías<sup>30</sup>, las medidas cautelares tienen una doble finalidad: una *abstracta* y otra *concreta*. La primera persigue el logro del valor eficacia, así como la aceptación social de la actividad jurisdiccional; en tanto, la segunda busca asegurar el cumplimiento del fallo definitivo.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo contra el tercer y cuarto párrafo del Artículo 15º de la Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional<sup>31</sup>, que establece la procedencia de la medida cautelar en los procesos de amparo, ha señalado que:

(...) la función de la medidas cautelares está orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos. Existen procesos que, por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para eficacia del derecho<sup>32</sup>.

Del mismo modo, el colegiado, en el caso de José Augusto del Busto Medina y otros<sup>33</sup>, ha señalado que "(...) las medidas cautelares son evacuadas en base a la verosimilitud del derecho invocado, claro está provisoriamente hasta que en el proceso principal se expida la decisión final que defina la controversia".

En esa línea de ideas, se tiene que:

- Las medidas cautelares tienen carácter *provisorio*, ya que tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de obligación futura contenida en la sentencia del proceso principal.
- Las medidas cautelares, como proceso cautelar, tienen carácter *accesorio*, en el entendido de que si en el proceso principal se declara desestimada la pretensión, entonces también se declara desestimada la medida cautelar.

---

30 MESÍAS, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 188.

31 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo del 2004.

32 Sentencia N° 00023-2005-PI/TC, del 2005 de noviembre del 2005.

33 Sentencia N° 03545-2009-PA/TC, del 18 de abril del 2011.

## b) Contracautela

Con relación a este acápite, en el Artículo 610<sup>o</sup> del Código Procesal Civil, se ha establecido que los presupuestos de las medidas cautelares son la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora del proceso y la contracautela; sin embargo, algunos autores señalan que, en realidad, la contracautela es un requisito para la ejecución de la medida cautelar y no un presupuesto<sup>34</sup>.

No obstante lo anterior, la contracautela, como requisito para la concesión de una medida cautelar, cumple la función de una suerte de mecanismo con la finalidad de equilibrar los intereses de ambas partes en el proceso (el interés del demandante en que se adopte la medida cautelar frente al interés de demandado de no sufrir perjuicios injustificados)<sup>35</sup>.

En esa línea de ideas, como bien señala Ledesma<sup>36</sup>, la contracautela se sostiene en el *principio de igualdad*, como expresión del equilibrio procesal, pues no solo debe pretender asegurar al actor un derecho no actuado, sino que, también, debe preservar la posibilidad de asegurar al demandado la efectividad del resarcimiento del daño, si aquel derecho no existiera.

Con relación a lo señalado en el párrafo anterior, se puede decir que:

- La contracautela tiene, al igual que la medida cautelar, carácter *accesorio*, en el entendido de que su existencia depende de un proceso principal.
- La contracautela, al igual que la medida cautelar, tiene carácter *provisorio*, debido a que, si bien la medida cautelar tiene como finalidad el poder garantizar el cumplimiento de alguna obligación futura contenida en la decisión final del proceso principal, la contracautela busca asegurar al demandado que, de declararse desestimada la pretensión llevada a cabo en el proceso principal, este no resultará perjudicado como consecuencia de la medida cautelar.

---

34 BENITES, Junior, "El derecho a la tutela cautelar en el derecho procesal civil y el procesal constitucional". *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia - RAE Jurisprudencia*, 2009, p. 13, Lima.

35 Cf. LEDESMA, Marianella. "Tratamiento de la contracautela en el Código Procesal Civil". En ARIANO, Eugenia. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, pp. 41-82.

36 *Ibidem*.

En virtud a todo lo antes señalado, no se puede considerar el otorgamiento de la contracautela como pago de la multa impuesta, debido a que tanto la medida cautelar como la contracautela tienen caracteres provisorios y su existencia depende del proceso principal.

## 2. Relación jurídica

Después de observar las características y finalidades de la contracautela, analizaremos la relación jurídica existente entre el OEFA y el administrado, luego de llevado a cabo el procedimiento administrativo sancionador (PAS), para así poder determinar si la contracautela, en el marco de un proceso judicial, puede ser considerada como la cobranza de una multa impuesta. Para ello, recurriremos a figuras tributarias, específicamente, a la relación tributaria. Es importante hacer la salvedad de que las multas impuestas por el OEFA no son lo que la doctrina ha definido como tributos medioambientales<sup>37</sup>.

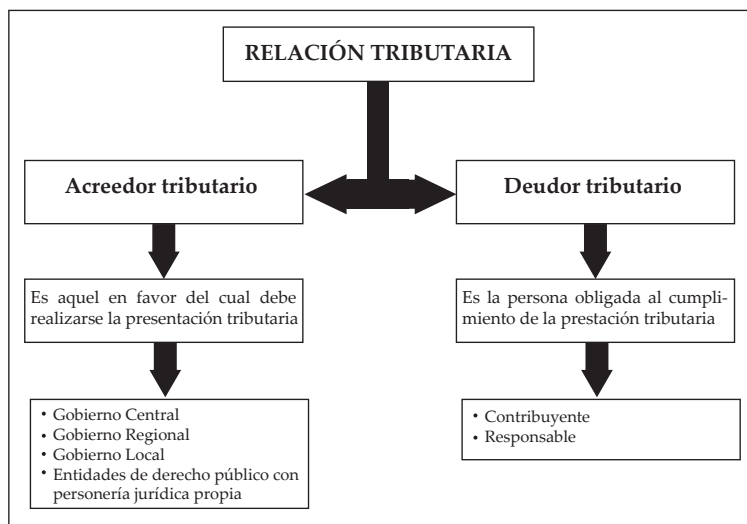
### a) Relación jurídica tributaria

Villegas define la relación jurídica como “el vínculo jurídico obligacional que se entabla entre el fisco, como sujeto activo que pretende el cobro de un tributo, y un sujeto pasivo que está obligado a su pago”<sup>38</sup>. En el siguiente esquema se puede observar a quienes son acreedores y deudores tributarios, de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario:

---

37 “Son tributos medioambientales aquellos que minimizan costes, llevan a la práctica el principio de ‘quien contamina paga’ de la OCDE. Proporcionan mayor aumento de incentivos a la innovación tecnológica que buscan proteger al medio ambiente que los enfoques meramente normativos y generan ingresos que se pueden advertir en la protección del medio ambiente. Estos tributos no son para cobrar más, sino para que las empresas asuman el costo y no contaminen”. YACOLCA, Daniel. *Derecho tributario ambiental*. Lima: Editora Jurista Grijley, 2009, p. 29.

38 VILLEGAS, Héctor. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Editorial ASTREA, 2002, p. 318.



Fuente y elaboración: los autores

Como se observa en el esquema, el acreedor tributario es aquel en favor de quien se realiza el pago de un determinado tributo, y deudor es el obligado a realizar dicho pago, quien puede hacerlo en calidad de contribuyente o responsable.

## b) Relación jurídica culminado el PAS

Después de desarrollar la relación jurídica tributaria, podemos analizar la relación jurídica existente entre el OEFA y el administrado multado, como producto de un PAS y, luego, en el contexto de un proceso judicial.

Si como resultado de un PAS se impone una multa, se crea una relación jurídica. Esta se encontraría conformada por el OEFA como sujeto activo o acreedor de la relación, es decir, a favor de quien se realizaría la prestación; y por el administrado multado como sujeto pasivo o deudor de la relación, y obligado a realizar el pago de la multa. Este último puede recurrir a instancias judiciales a fin de impugnar el acto administrativo que contiene la sanción.

El Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM señala que, si en el desarrollo de un proceso judicial (proceso contencioso administrativo) el demandante (administrado multado como resultado de un PAS) solicita una medida cautelar, este debe ofrecer como contracautela un monto equivalente a la sanción imputada. Esto ha sido malinterpretado, entendiendo el ofrecimiento de la contracautela como una forma de pago de la multa.



Sobre este punto, debemos indicar que el ofrecimiento de la contracautela no puede ser confundido o entenderse como el pago de la multa, porque ello conllevaría a afirmar que el juez es el sujeto activo de la relación jurídica, y en favor de quien se hace el pago de la multa, cosa que no es cierta debido a que, como se ha señalado anteriormente, la contracautela es de carácter provisorio, y tiene por finalidad evitar que el demandado (el OEFA) se vea perjudicado como resultado de una medida cautelar temeraria.

Luego de desarrollar las características y finalidades de la contracautela y analizada la relación jurídica entre el OEFA y el administrado multado, señalamos que existen, como al inicio del presente artículo, principios constitucionales que han sido invocados por diferentes actores con la finalidad de cuestionar lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM, como:

### **Principio de no confiscatoriedad**

Sobre el particular, es preciso señalar que la confiscatoriedad no siempre puede ser analizada en abstracto, sino que debe ser analizada en casos concretos. Asimismo, el Tribunal Constitucional, en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo, ha señalado que “[l]a confiscatoriedad en cada caso concreto requerirá la verificación de la no existencia de una relación razonable entre el costo del servicio global que debe solventar cada sujeto y la forma como se ha cuantificado el mismo en su caso, debiendo demostrarse, además, que de acuerdo a sus circunstancias económicas, no le es posible soportar este tributo”<sup>39</sup>.

Si bien ha sido desarrollado por el colegiado en materia tributaria, este principio es un límite impuesto al Estado para que, en ejercicio de su potestad tributaria, no afecte el derecho de propiedad de los particulares. Ahora bien, debemos enfatizar que el Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM no vulnera el principio de no confiscatoriedad en virtud de que, si bien dicha norma determina que el demandante (antes administrado) deberá ofrecer una contracautela igual al monto de la multa, ello obedece a la finalidad de la contracautela: asegurar al demandado que, de declararse desestimada la pretensión llevada a cabo en el proceso principal, este no resultará perjudicado como consecuencia de la medida cautelar.

Por su parte, el OEFA ha adoptado diferentes medidas a fin de no permitir la vulneración del principio de no confiscatoriedad de los administrados infractores al momento de determinar el monto de la multa, entre ellas:

---

39 Sentencia N° 0053-2004-PI/TC, del 16 de mayo del 2005.

- En primer lugar, el OEFA ha aprobado una “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones”<sup>40</sup>, en la cual se establecen criterios objetivos para ser empleados por la autoridad administrativa para la graduación de la pena a imponer y, de esta forma, evitar abusos por parte de los funcionarios valiéndose de discreción alguna.
- En segundo lugar, ha establecido que, en ningún caso, las multas a imponer superen el 10% de los ingresos percibidos por el administrado infractor el año anterior al de la comisión de la infracción, para el caso de empresas medianas y pequeñas.

### **Principios de razonabilidad y proporcionalidad**

Sobre estos principios, el Tribunal Constitucional, en el caso de la Empresa Pesquera San Fermín S.A. ha señalado que “[l]a intervención del Estado se considera legítima y acorde con la Constitución cuando es producto de una medida razonable y adecuada a los fines de las políticas que se persiguen. Es necesario, en consecuencia, que dicha medida no transgreda los derechos fundamentales de las personas o, en todo caso, que dicha afectación se lleve a cabo bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad”<sup>41</sup>.

Si bien el Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM establece que el demandante que solicita una medida cautelar debe ofrecer como contracautela un monto igual a la multa impuesta, ello obedece a que se busca garantizar que los administrados no interpongan medidas cautelares con el único fin de evitar el pago de su obligación y, por otro lado, que de desestimarse la pretensión principal el OEFA no tenga que iniciar procedimientos para el cumplimiento de la obligación por parte del administrado.

En ese sentido, si bien los principios constitucionales son límites al poder del Estado, lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM tiene por finalidad el evitar el ejercicio abusivo del derecho, esto es, solicitar medidas cautelares con el único objetivo de dilatar el cumplimiento de una obligación.

### **Debido procedimiento administrativo**

Sobre este punto, diferentes actores han sostenido que lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM vulnera el debido procedimiento admi-

---

40 Aprobada mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD, del 11 de marzo del 2013.

41 Sentencia N° 2835-2010-PA/TC, del 13 de diciembre del 2013.

nistrativo, específicamente el derecho de impugnación de los actos de la administración, al establecer la obligación a los demandantes que soliciten una medida cautelar de ofrecer una contracautela equivalente a la multa impuesta. En este sentido, el análisis a ser llevado a continuación apunta a concluir que ello no es correcto. Antes, debemos reiterar que dicho principio se encuentra reconocido en el Artículo 139º, Numeral 3 de la Constitución Política<sup>42</sup>. Este ha sido desarrollado en reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, entre ellas, la del caso de César Hinostroza Pariachi<sup>43</sup>, en la que indicó que este derecho comprende:

El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene, son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el Artículo 139º de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el caso de la Empresa Agroindustrial Tumán S.A.A., que el derecho al debido proceso tiene una doble dimensión: una de tipo adjetivo y otra de tipo sustantivo. “[L]a primera de ellas supone el respeto de todos aquellos elementos que constituyen los derechos fundamentales del proceso, mientras que la segunda; esto es la sustantiva, importa la erradicación de cualquier comportamiento arbitrario de quienes detentan alguna cuota de poder o, en otras palabras, de quienes ejercen la autoridad”<sup>44</sup>.

Asimismo, con relación a la impugnación de los actos de administración por medio de procesos judiciales, el Tribunal Constitucional, en el caso de Ramón Hernando Salazar Yarlenque, ha señalado que “(...) el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea

---

42 Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional

(...)

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional

(...)

43 Sentencia N° 3891-2011-PA/TC, del 16 de enero del 2012.

44 Voto de discordia del magistrado Eto Cruz en la Sentencia N° 05365-2011-PA/TC, del 5 de setiembre del 2013.

el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso administrativo o el propio proceso de amparo”<sup>45</sup>.

Con relación a lo anterior, debemos señalar que el Tribunal Constitucional determinó, en la misma sentencia, que el cobro de tasas por parte de las entidades de la Administración Pública a los administrados por el concepto de presentación de recursos impugnatorios o para su tramitación se considera violatorio de los derechos constitucionales al debido proceso administrativo, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y de petición que consagra nuestra Carta Fundamental.

Habiendo realizado esta precisión, debemos indicar que el Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM no vulnera o limita el debido procedimiento administrativo, debido a que no se puede considerar el ofrecimiento de la contracautela como un pago, puesto que ese dinero no ingresa a las arcas del OEFA, sino que se constituye como una especie de garantía a favor del demandado (para el presente caso, el OEFA) para no ser perjudicado con la presentación de alguna medida cautelar temeraria por parte del demandante (para el presente caso, el administrado).

En esa línea de ideas, no se puede considerar la contracautela como un pago por la presentación o trámite de un recurso impugnatorio, ya que ese dinero no entra a las arcas de la entidad, sino que, todo lo contrario, la contracautela se constituye como una especie de garantía a favor del OEFA para no ser perjudicado.

## V. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, es importante resaltar que, a raíz del cuestionamiento respecto del cobro de sanciones, el OEFA formuló una consulta a la Dirección General de Desarrollo de Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia de Derechos Humanos, la que ha emitido un informe en el que se indica que es perfectamente viable o válido que la persona responsable de realizar dichos cobros lo haga sin esperar los tres meses con que cuenta el administrado para imponer una demanda ante el Poder Judicial. Por lo tanto, “[l]a firmeza del acto administrativo exige su inmediato cumplimiento al margen del cuestionamiento de su legalidad ante el Poder Judicial”<sup>46</sup>.

---

45 Sentencia N° 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre del 2005.

46 Consulta Jurídica N° 011-2013-JUS/DNAJ, del 10 de junio del 2013.

Del mismo modo, el informe señalado en el párrafo anterior indica que la sola presentación de la demanda de revisión judicial no sería capaz de suspender el procedimiento de ejecución coactiva que se tramita en el OEFA, por lo tanto, en caso de que el demandante pretenda suspenderlo, tendrá que solicitar una medida cautelar y ofrecer una contracautela que cumpla los requisitos establecidos en el Artículo 20-A de la Ley N° 29325. Adoptarse una interpretación distinta, iría contra la *ratio legis* y lógica de la norma.

Por otro lado, no se puede afirmar que la disposición de una contracautela, equivalente a la multa impuesta en sede administrativa por el OEFA es una forma de cobranza, ya que ello involucraría afirmar que el sujeto activo o acreedor en la relación jurídica es el juez del proceso. Esto no es posible, ya que, como se determinó en el apartado anterior, la contracautela es de carácter provisorio.

De igual forma, no se puede considerar la contracautela como pago de una multa, ya que tanto la medida cautelar como la contracautela tienen carácter provisorio, y su existencia depende del proceso principal. Ahora bien, la contracautela tiene como finalidad asegurar que el demandado, para el presente caso, el OEFA, no resultará perjudicado como consecuencia de una medida cautelar, por medio de la cual solo se busca la dilación del cumplimiento de una obligación.

Si bien los principios constitucionales son límites al poder del Estado, lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 008-2013-MINAM tiene por finalidad evitar el ejercicio abusivo del derecho, esto es, solicitar medidas cautelares con el único objetivo de dilatar el cumplimiento de una obligación.

Finalmente, no se puede considerar la contracautela como un pago por la presentación o trámite de un recurso impugnatorio, ya que ese dinero no entra a las arcas de la entidad, sino que, todo lo contrario, la contracautela se constituye como una especie de garantía a favor del OEFA para no ser perjudicado con la presentación de alguna medida cautelar temeraria.

## BIBLIOGRAFÍA

BENITES, Junior

2009 "El derecho a la tutela cautelar en el derecho procesal civil y el procesal constitucional". *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia* - RAE *Jurisprudencia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.

GONZALES, Robinson

2011 “El principio del ‘Ne bis in idem’. Su aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal Peruano”. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia-RAE Jurisprudencia*. Tomo 34. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.

GUZMÁN, Christian

2011 *Tratado de la Administración Pública y del procedimiento administrativo*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.

LEDESMA, Marianella

2013 “Tratamiento de la contracautela en el Código Procesal Civil”. En ARIANO, Eugenia. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

MESÍAS, Carlos

2007 *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica.

MORÓN, Juan Carlos

2011 *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica.

VILLEGAS, Héctor

2002 *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Editorial ASTREA.

YACOLCA, Daniel

2009 *Derecho Tributario Ambiental*. Lima: Editora Jurista Grijley.

## EL AMBIENTE Y LA POTESTAD SANCIONADORA EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ

VERÓNICA ROJAS MONTES

### SUMARIO

*El presente trabajo expone los criterios de interpretación del régimen de sanciones en materia ambiental expuestos por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), desde el inicio de sus funciones en agosto del 2011 hasta enero del 2014. El estudio y sistematización del universo de decisiones administrativas del Tribunal de Fiscalización Ambiental permite presentar dichos criterios agrupados en siete temas, los que se analizan a la luz del derecho administrativo ambiental y el derecho administrativo sancionador, así como a la legislación aplicable en dichas materias.*

I. Introducción. II. Ambiente. III. Obligación ambiental fiscalizable y compromiso ambiental. IV. Principio de legalidad y subprincipio de tipicidad. V. Incumplimiento de los límites máximos permisibles y daño ambiental en la actividad minera (Caso NYRSTAR). VI. Valor probatorio de los informes de ensayo para verificar cumplimiento de límites máximos permisibles. VII. La dosimetría de las multas aplicada por el Tribunal de Fiscalización Ambiental. VIII. Prescripción de la potestad sancionadora. IX. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de las transformaciones del Estado para la protección del ambiente emprendidas a partir de la suscripción del Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de América, en el año 2009, con

la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1013 - Ley de creación del Ministerio del Ambiente<sup>1</sup>, se creó junto a aquel el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), hoy organismo rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), creado por la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>2</sup>, modificada por la Ley N° 30011<sup>3</sup> (en adelante, Ley SINEFA). El objetivo principal del SINEFA es proteger el ambiente a través de dos principales líneas de acción: (i) asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental de todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas; y, (ii) garantizar que las funciones de las diversas entidades del Estado se realicen de forma imparcial, ágil y eficiente, en un ámbito de tutela pública tanto a nivel nacional como global.

El rol del Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) se inscribe en el ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA. Es la última instancia administrativa que conoce las apelaciones interpuestas por los administrados contra las resoluciones de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI), órgano competente de primera instancia en los procedimientos administrativos sancionadores en materia ambiental.

Si bien se trataba de un organismo nuevo, es importante remarcar que este asumió las funciones de supervisión y sanción en materia ambiental que antes desarrollaba el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinerghmin). En este contexto, el primer TFA<sup>4</sup> inició sus funciones a partir de su instalación, a fines de julio del 2011. Desde el comienzo, se tuvo una considerable carga de expedientes por resolver, recibidos del proceso de transferencia de funciones del Osinerghmin al OEFA. A ello se fueron sumando los expedientes elevados por la DFSAI, producto natural del ejercicio de una nueva competencia. Esto significó que el TFA asumió el gran reto de manejarse entre la carga heredada del Osinerghmin y la proveniente de la DFSAI, y el esfuerzo realizado para emitir los pronunciamientos que ponían fin a la instancia mostró resultados concretos.

---

1 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de mayo del 2008.

2 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo del 2009.

3 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de abril del 2013.

4 El primer Tribunal de Fiscalización Ambiental estuvo integrado por el Dr. William Postigo de la Motta, presidente; Dr. José Augusto Chirinos Cubas, vocal titular; Dra. Verónica Violeta Rojas Montes, vocal titular –que renunció en abril del 2013–; y el Dr. Francisco José Olano Martínez. En la segunda mitad del año 2012, se integró el Ing. Héctor Adrián Chávarry Rojas.



Asumimos el reto de revisar las más de seiscientos veinte resoluciones del TFA emitidas durante dos años y siete meses de labor<sup>5</sup>, e identificar los lineamientos más saltantes de este órgano colegiado. El presente trabajo es fruto del análisis del universo de decisiones administrativas del TFA, de las cuales solo el caso NYRSTAR fue publicado en el diario oficial *El Peruano* por tener criterios interpretativos de obligatorio cumplimiento en el procedimiento administrativo sancionador, sin que a la fecha se haya emitido algún precedente administrativo de carácter vinculante. Se han elegido siete temas, respecto de los cuales, además de exponer el razonamiento del TFA, se incluyen reflexiones de la autora, desde el punto de vista del derecho administrativo ambiental y el derecho administrativo.

## II. AMBIENTE

Indubitablemente, un tema de estudio en materia del procedimiento administrativo sancionador ambiental es el concepto de ambiente. En el ámbito del ejercicio de las potestades de supervisión, fiscalización y sanción respecto de las conductas que configuran infracciones ambientales, se inscribe el análisis y expresión de la posición del TFA sobre el ambiente como objeto de tutela, razonamiento que ha plasmado en todas sus resoluciones.

La definición más actual de las resoluciones del TFA es la contenida en la Resolución del Tribunal de Fiscalización Ambiental N° 002-2014-OEFA/TFA del 28 de enero del 2014 caso Corona<sup>6</sup>.

(...)

16. El Tribunal Constitucional ha señalado que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivos e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos).

En esa misma línea, el Numeral 2.3 del Artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores

---

5 Estas resoluciones representan más de ciento ochenta millones de nuevos soles en multas por infracciones ambientales cometidas por empresas.

6 Resolución TFA recaída en el Expediente N° 212-08-MA/E, seguido contra SOCIEDAD MINERA CORONA S.A., que confirma la resolución de primera instancia.

que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

17. Se ha señalado, acertadamente, que cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En esa situación, cada Estado define cuanta protección otorga al medio ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
18. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por la elevación a rango constitucional del conjunto de normas jurídicas que regulan los bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una “Constitución Ecológica” dentro de la Constitución Política del Perú, que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente.
19. El segundo nivel de protección otorgado al ambiente es material y viene dado por su consideración (i) como principio jurídico, que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) como derecho fundamental cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a que dicho ambiente se preserve; y, (iii) como conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales.
20. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente frente al incumplimiento de la normativa ambiental mediante el ejercicio de la potestad sancionadora, en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos, (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos.
21. En tal contexto, la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al ambiente. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
22. Bajo dicho marco constitucional que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones ge-

nerales y específicas, así como las obligaciones de los particulares en el contexto de la tramitación del procedimiento administrativo sancionador (...).

De los fundamentos glosados, es preciso hacer hincapié en los siguientes temas sustantivos:

- a) El derecho fundamental al ambiente<sup>7</sup>. La tutela del ambiente es constitucional y se activa cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación.
- b) La triple acepción de ambiente para su tutela: (i) como principio jurídico; (ii) como derecho fundamental, derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y el derecho a que dicho ambiente se preserve; y, (iii) como conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales.
- c) La técnica administrativa de tutela, en cuanto a las infracciones a la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora, cuando se contraviene el marco jurídico o los instrumentos de gestión ambiental.

No podemos ignorar que *ambiente* es un concepto de difícil delimitación jurídica, pues tiende a ser amplio e impreciso, pero en términos generales siempre:

(...) el ambiente ha sido la base de la existencia humana, porque es el medio natural en el cual el hombre satisface sus necesidades y es la fuente proveedora de los bienes necesarios para la vida de los seres humanos. (...) Visiblemente, un elemento consustancial a las diversas actividades productivas humanas –orientadas a satisfacer necesidades básicas del hombre– es la influencia que tienen en el medio ambiente, pues las mismas implican un uso económico y utilitario de los bienes y las riquezas de las cuales la naturaleza provee (...)<sup>8</sup>.

Para el Tribunal Constitucional (TC)<sup>9</sup>, se tiene como punto de partida que nuestra Constitución reconoce como derecho fundamental gozar de un am-

---

7 Como derecho fundamental, está tutelado por la garantía del amparo a través del proceso constitucional correspondiente ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

8 ROJAS, Verónica. "El derecho administrativo y la protección del medio ambiente en el Perú. Su impacto sobre la biodiversidad". *Revista aragonesa de Administración Pública*. Nº 28, 2006, Aragón.

9 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Nº 0048-2004-AI del 1 de abril del 2005, que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley Nº 28258, Ley de Regalías Mineras. (Notas a pie de página omitidas).

biente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (Artículo 22º, Numeral 22), motivo por el cual, desde la perspectiva constitucional y a efectos de su tutela efectiva, el TC delimita el significado de *medio ambiente*, pues es un concepto que es consustancial al contenido mismo del derecho en cuestión.

17. (...) Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye "(...) tanto el entorno globalmente considerado –espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna– como el entorno urbano"; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros.

Una vez precisado el concepto de medio ambiente, debemos referirnos al derecho en sí. Nuestra Constitución ha elevado al nivel de fundamental dicho derecho; siendo ello así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia, así como prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1º de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

18. En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida,

se materializa en función a los principios siguientes: a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (que merecerá luego un análisis); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables (...).

El concepto de *ambiente* delineado por el TC es bastante amplio y de dificultosa concreción, más aún para configurarse como un derecho fundamental de un solo individuo, pues por su propia naturaleza es colectivo. Por lo menos en materia sancionadora, ello implica que la lectura de ambiente debería complementarse siempre con el marco legal aplicable al caso concreto y las circunstancias particulares que lo rodean. Cabe indicar que el TFA hace suyo este concepto y lo completa con lo dispuesto en el Numeral 2.3 del Artículo 2º de la Ley Nº 28611 - Ley General del Ambiente<sup>10</sup> (en adelante, Ley General del Ambiente), para luego hacer un análisis del recurso de apelación que resuelve.

En este punto, llamamos la atención en que, en nuestro ordenamiento jurídico, el ambiente, además de ser tutelado como derecho fundamental, también se configura, tal como lo manifiesta el TFA, como obligaciones legales y como principio jurídico, situación que no se produce en otros ordenamientos jurídicos, como el español por ejemplo, para el cual *ambiente* es un principio y un bien jurídico de interés colectivo tutelable constitucionalmente, sin que se configure como un derecho fundamental. Como afirma Lozano: "(...) la configuración constitucional del medioambiente, como un principio rector de la política social y económica y no como un derecho fundamental invocable en la vía de amparo, resulta coherente con la naturaleza del bien jurídico medioambiente, que no puede construirse únicamente como un ámbito jurídico atribuible a la disposición individual, por las propias exigencias derivadas de su protección como bien jurídico de su ámbito de protección"<sup>11</sup>.

---

10 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre del 2005.

11 LOZANO, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo*. Vigésimo primera edición. Madrid: La Ley, 2010, p. 100.

De otro lado, para tutelar al ambiente como bien jurídico protegido y principio, la Administración Pública desarrolla diversas técnicas administrativas, principalmente, a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), mediante aprobaciones previas de los respectivos instrumentos de gestión ambiental (actividad de policía administrativa)<sup>12</sup>; el sistema de concesiones previas para el aprovechamiento económico de los bienes de dominio público (actividad de policía administrativa)<sup>13</sup>; el sistema de incentivos a la producción limpia y cumplimiento de normas ambientales<sup>14</sup>; el Servicio Nacional de Áreas Naturales protegidas (Sernanp); el Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental (SINEFA), que sanciona los ilícitos administrativos ambientales<sup>15</sup>; y otros mecanismos de mercado o aquellos provenientes de tratados o acuerdos internacionales.

En efecto, de acuerdo a la Ley del SINEFA, la función fiscalizadora y sancionadora es la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables, dictar medidas correctivas y cautelares, y la de imponer sanciones por:

- a) Incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental
- b) Incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente (por ejemplo, EIA, DIA, PMA, PACPE, etc.)
- c) Incumplimiento de los compromisos ambientales derivados de contratos de concesión
- d) Incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por OEFA
- e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia

---

12 El cumplimiento, por parte de los particulares, de los instrumentos de gestión ambiental es supervisado por el OEFA o las EFA, de acuerdo al ámbito de su competencia.

13 El cumplimiento, por parte de los particulares, de desarrollar actividades económicas de explotación de los bienes de dominio público, como los recursos naturales, con los títulos habilitantes respectivos (autorizaciones, concesiones, permisos, licencias), es supervisado por las entidades públicas con competencia para otorgar los mismos.

14 El OEFA tiene a su cargo el régimen de incentivos al cumplimiento de normas ambientales.

15 Además, existen los delitos ambientales regulados por el Código Penal; no obstante, ello no es una técnica administrativa de tutela del ambiente.

Se consideran obligaciones ambientales fiscalizables (Artículo 17º de la Ley SINEFA<sup>16</sup>) todas aquellas comprendidas en los literales anteriores.

En lo referido a este punto, consideramos importante a los efectos del procedimiento administrativo sancionador, sobre todo, en cuanto al incumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, que el TFA haya considerado el concepto de ambiente en sus resoluciones.

### III. OBLIGACIÓN AMBIENTAL FISCALIZABLE Y COMPROMISO AMBIENTAL

#### 3.1. Obligación ambiental fiscalizable

El OEFA supervisa que los particulares cumplan las obligaciones ambientales fiscalizables (OAF) a que se refiere el Artículo 17º de la Ley SINEFA. De este punto surgiría la importancia de explicitar el significado de las OAF. Cabe señalar que el ordenamiento ambiental peruano, en materia de fiscalización y sanción, tiene una aplicación algo compleja porque requiere el manejo siste-

16 Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

“Artículo 17.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora

Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas:

- a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental.
- b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente.
- c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión.
- d) El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA.
- e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia.

El cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables antes mencionadas es obligatorio para todas las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades que son de competencia del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos, autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de las mismas. Esta disposición es aplicable a todas las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), respecto de sus competencias, según corresponda. Cuando el OEFA obtenga indicios razonables y verificables del incumplimiento de las condiciones para que una actividad se encuentre en el ámbito de competencias de los gobiernos regionales, y por tanto su condición actual debiera corresponder al ámbito de competencias del OEFA, este se encuentra facultado para desarrollar las acciones de fiscalización ambiental a que hubiere lugar. Las acciones que ejerza el OEFA, conforme a lo señalado en el presente artículo, se realizan sin perjuicio de las competencias que corresponden a los gobiernos regionales y demás Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), así como al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin) y a otras entidades sectoriales, conforme a sus competencias.



mático de diversas normas. En el caso de infracciones, se aplica el mencionado Artículo 17º de la Ley SINEFA y otras leyes de la materia como la Ley General del Ambiente, estas se complementan con la normativa sectorial-ambiental de cada ámbito bajo la supervisión del OEFA (de rango legal o reglamentario), y, asimismo, la normativa reglamentaria expedida por el OEFA.

El caso de la empresa Electro Oriente es interesante en este sentido<sup>17</sup>. En los fundamentos 42 a 44, queda claro el criterio del TFA respecto al argumento de la empresa en tanto las infracciones imputadas no serían válidas porque contravienen el principio de legalidad y tipicidad:

(...) 42. Al respecto, a efectos de explicar el sustento normativo de las imputaciones realizadas al inicio de los procedimientos administrativos sancionadores en el sector que es objeto de supervisión, cabe indicar que, en reiterados pronunciamientos, este Tribunal Administrativo ha realizado un distingo entre norma sustantiva y norma tipificadora, señalando que la primera de estas contiene la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa; mientras que la segunda califica dicho incumplimiento como infracción, constituyéndose en el tipo infractor imputado.

43. Sobre el particular, el Literal i) del Artículo 42º del Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 29-94-EM y el Literal h) del Artículo 31º del Decreto Ley Nº 25844 (normas sustantivas), contienen las obligaciones ambientales fiscalizables consistentes en evitar y minimizar el impacto debido al sonido en áreas sensitivas y cumplir con las normas de conservación del medio ambiente, respectivamente.

---

Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro del Ambiente a propuesta del OEFA, se establecen disposiciones y criterios para la fiscalización ambiental de las actividades mencionadas en los párrafos anteriores.

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) ejerce la potestad sancionadora respecto de las obligaciones ambientales establecidas en los planes, programas y demás instrumentos de gestión ambiental que corresponda aprobar al Ministerio del Ambiente (MINAM).

Mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA se tipifican las conductas y se aprueba la escala de sanciones aplicables. La tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales será de aplicación supletoria a la tipificación de infracciones y sanciones que utilicen las EFA”.

17 Resolución TFA Nº 143-2013-OEFA/TFA del 2 de julio del 2013 recaída en el Expediente 2007-185 seguido contra la Empresa Regional de servicio de electricidad del Oriente S.A. - Electro Oriente, que declara infundado el recurso de apelación.



44. Por su parte, el Numeral 3.20 del Anexo 3 de la Resolución N° 028-2003-OS/CD (norma tipificadora) califica de manera expresa el incumplimiento de la citada obligación ambiental como infracción sancionable (...).

En la línea de argumentación brindada por el TFA, en los fundamentos glosados se pueden resaltar estos aspectos importantes:

- Las OAF son las obligaciones legales establecidas por la normativa ambiental o los instrumentos de gestión ambiental, entre otros; y las infracciones, son los incumplimientos a ellas.
- Las infracciones ambientales, a su vez, se rigen por varios ordenamientos jurídicos según la materia: sectoriales (energía, minas, pesquería, etc.)<sup>18</sup>.
- No existe un catálogo de tipificación de todas y cada una de las infracciones administrativas ambientales. Ello es sumamente difícil, porque, además de ser un bien jurídico de protección reciente (desde el último cuarto del siglo XX), siempre ha tenido, por su especialidad, una multiplicidad de normas; además, las actividades económicas supervisadas son dinámicas y de cambios tecnológicos constantes.
- La técnica utilizada para la tipificación proviene de la conjunción de dos normas que hacen un todo: una denominada sustantiva y otra llamada tipificadora, la cual, en teoría, se denomina tipificación por remisión, y no debería vulnerar el principio de legalidad y el de tipicidad.

En el caso analizado, el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas<sup>19</sup> y el Decreto Supremo N° 29-94-EM, que aprueba el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas<sup>20</sup>, en el Artículo 31° y el Artículo 42°, respectivamente, establecen la obligación legal ambiental, es decir, la norma *sustantiva*.

#### Norma sustantiva

Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas  
Artículo 31°.- Tanto los titulares de concesión como los titulares de autorización, están obligados a:  
(...)

---

18 Asimismo, según el tiempo, dependiendo de la oportunidad de la comisión de la infracción, se aplican las normas vigentes y que resultan favorables al administrado.

19 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de noviembre de 1992.

20 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 8 de junio de 1994.

h) Cumplir con las normas de conservación del medio ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación.

Decreto Supremo N° 29-94-EM, que aprueba el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas

Artículo 42°.- Los solicitantes de Concesiones y Autorizaciones y aquellos que tengan Proyectos Eléctricos en operación, deberán cumplir con las siguientes prescripciones:

(...)

(i) Construir y operar los Proyectos Eléctricos de tal forma que se evite o minimice el impacto debido al sonido en áreas sensitivas (residenciales, recreacionales, áreas de hábitat sensitivo al ruido, etc.).

En lo referente a la norma *tipificadora* que tiene como punto de partida la norma *sustantiva*, se aprecia lo siguiente:

Norma tipificadora

Resolución N° 028-2003-OS/CD - Aprueba Escala de Multas y Sanciones de Electricidad<sup>21</sup>

ANEXO 3:

Multas por Incumplimiento a la Normatividad en el Sector Eléctrico sobre el Medio Ambiente

N°	TIPIFICACIÓN DE INFRACCIÓN	BASE LEGAL	SANCIÓN
3.20	Cuando el titular de la concesión o autorización no cumpla con las disposiciones ambientales contempladas en la Ley y el Reglamento o las normas emitidas por la DGAA y OSINERG	Literal h) del Artículo 31° del Decreto Ley N° 25844 y Artículo 3° del reglamento aprobado por decreto supremo N° 029-94-EM.	De 1 a 1 000 UIT

21 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de marzo del 2003.

De lo anterior, el TFA expresa que la OAF es la norma *sustantiva* y, según se sigue, concluye que la tipificación de la infracción cumple con el principio de legalidad y tipicidad, el cual analizaremos más adelante. En este caso la OAF coincide con la norma *sustantiva*, como obligación establecida por una norma con rango de ley y otra reglamentaria. Otra cuestión y que no se debe olvidar es que las OAF también son incumplimientos de compromisos ambientales derivados, por ejemplo, de los instrumentos ambientales que por ley deben tener aprobados los administrados.

### 3.2. Compromiso ambiental

En cuanto a los compromisos ambientales, estos vendrían a ser una especie dentro del universo de las OAF, referida especialmente al incumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental. En este aspecto, se analizará el pronunciamiento del TFA en dos casos de incumplimiento de compromisos de estudios de impacto ambiental (EIA): caso PERÚ LNG<sup>22</sup> y caso Transportadora de Gas de Perú (TGP)<sup>23</sup>.

El TFA hace un análisis muy detallado sobre la normativa aplicable tanto al proceso de evaluación de impacto ambiental como a los proyectos sujetos a los distintos tipos de instrumentos de gestión ambiental, y, evidentemente, a las partes que deben contener los estudios de impacto ambiental. En las siguientes líneas, se remarcará, lo que a nuestro criterio, son las principales ideas del razonamiento del TFA, del ordenamiento jurídico aplicable, añadiendo comentarios al respecto:

- Existen algunos proyectos de inversión públicos y privados que se encuentran comprendidos en el SEIA que implican el desarrollo de actividades, realización de construcciones u obras que pueden causar impactos ambientales significativos, por lo que antes de iniciar actividades deben contar necesariamente con una certificación ambiental. La certificación ambiental es la resolución de aprobación administrativa de los instrumentos de gestión ambiental.
- A esos efectos, la Ley General del Ambiente y normas sectoriales, primero, y la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación

---

22 Resolución TFA N° 274-2013-OEFA/TFA del 27 de diciembre del 2013, recaída en el expediente N° 123-2013-OEFA-DFSAI/PAS seguido contra PERÚ LNG S.R.L., que declaró la nulidad en parte de la resolución de primera instancia y en lo demás la confirma.

23 Resolución TFA N° 276-2013-OEFA/TFA del 27 de diciembre del 2013, recaída en el expediente N° 106579 seguido contra Transportadora de Gas del Perú S.A., que reduce la multa, y deja sin efecto medida correctiva dictada por el Osinergmin.

del Impacto Ambiental<sup>24</sup> (en adelante, Ley del SEIA), después, crean una variedad de instrumentos de gestión ambiental que difieren en cuanto al detalle y rigurosidad técnica exigidos; se es más riguroso cuando el proyecto es de mayor envergadura que cuando se está frente a un proyecto mediano o pequeño<sup>25</sup>.

- Los promotores de esos proyectos de inversión comprendidos en el SEIA deben elaborar el instrumento de gestión ambiental y seguir el procedimiento establecido de aprobación ante la entidad competente. El EIA incluye lo concerniente a la participación ciudadana.
- Los EIA son instrumentos para el proyecto integral y están regidos por el principio de indivisibilidad.
- Los EIA tienen un contenido legal establecido en términos generales, según la Ley General del Ambiente, y, en el caso específico de hidrocarburos (caso analizado), deben estar integrados por la línea de base, la descripción detallada del proyecto propuesto, la descripción y evaluación técnica de los efectos al medio ambiente, el Plan de Manejo Ambiental y el Plan de Abandono del área.
- A partir del principio de indivisibilidad, el TFA concluye que el instrumento de gestión ambiental es un documento integral y que las obligaciones (compromisos) ambientales pueden encontrarse no solamente en el Plan de Manejo Ambiental (documento que por naturaleza contiene los compromisos ambientales del EIA) sino, también, según sostienen en los demás capítulos del instrumento ambiental, en todo el EIA (sin importar la parte específica en la que se encuentren), como podría ser la concerniente a la descripción del proyecto propuesto y su entorno; ello, porque serviría para identificar los impactos ambientales

---

24 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de abril del 2001.

25 Los instrumentos de gestión ambiental son los descritos en el Numeral 17.2 del Artículo 17º de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente:

Artículo 17º.- De los tipos de instrumentos

(...)

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

(...)

en base a las cuales se fijan las medidas ambientales, con la finalidad de coadyuvar a la efectiva prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos generados por los proyectos de inversión.

El TFA interpreta y aplica el principio de indivisibilidad a la relación integral entre la descripción del proyecto, impactos ambientales y medidas ambientales contenidos en el EIA, en cuanto a su supervisión, fiscalización y sanción. Hacemos notar que este principio vendría a ser lo que en la doctrina se estudia como una prohibición al fraccionamiento de los proyectos de obras o actividades a fin de eludir la aplicación del EIA. En efecto, los administrados, para sortear una fragmentación dirigida a evitar que el proyecto calce en un supuesto de EIA (por ser más riguroso), a veces tienden a fraccionar el proyecto para no estar obligados a contar con un EIA, sino con otros instrumentos ambientales menos exigentes. Es esto lo que pretende evitar la prohibición de fraccionamiento de los proyectos en la legislación ambiental española, alemana, de los Países Bajos y Reino Unido, por ejemplo, "disponiendo al efecto que la evaluación de impacto ambiental comprenderá la totalidad del proyecto y no sólo las evaluaciones de impacto ambiental parciales de cada fase o parte del proyecto"<sup>26</sup>. A este último desarrollo, parece dirigirse el principio de indivisibilidad previsto en el Reglamento de la Ley del SEIA, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM<sup>27</sup>:

---

En el sector hidrocarburos: Decreto Supremo N° 015-2006-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de marzo de 2006 (que derogó el Decreto Supremo N° 046-93-EM publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de noviembre de 1993).

Artículo 11°.- Los Estudios Ambientales, según las Actividades de Hidrocarburos, se clasifican en:

- a. Declaración de Impacto Ambiental (DIA).
- b. Estudio de Impacto Ambiental (EIA).
- c. Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd)

La relación de Estudios Ambientales consignada en el párrafo anterior no excluye a los demás documentos de gestión de adecuación ambiental, tales como Programa de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA, Plan Ambiental Complementado - PAC y el Programa Especial de Manejo Ambiental - PEMA, los que se rigen por el presente Reglamento en lo que sea aplicable.

26 LOZANO, Blanca. *Derecho ambiental administrativo*. Vigésimo primera edición. Madrid: La Ley, 2010, p. 475.

27 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de setiembre del 2009.

#### Artículo 3º.- Principios del SEIA

El SEIA se rige por los principios establecidos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, y por los principios siguientes:

a) indivisibilidad: La evaluación del impacto ambiental se realiza de manera integral e integrada sobre políticas, planes, programas y proyectos de inversión, comprendiendo de manera indivisa todos los componentes de los mismos. Asimismo, implica la determinación de medidas y acciones concretas, viables y de obligatorio cumplimiento para asegurar de manera permanente el adecuado manejo ambiental de dichos componentes, así como un buen desempeño ambiental en todas sus fases.

En el caso TGP, entonces, el TFA concluye que es exigible que el compromiso esté o no en el Plan de Manejo Ambiental (PMA) del EIA.

34. A mayor abundamiento, el Inciso e) del Artículo 48º del Reglamento para la Protección Ambiental de las Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 046-93-EM no establece distinción respecto de la exigibilidad de las partes del referido instrumento ambiental; sino que lo hace exigible en todos sus extremos<sup>28</sup>.

Respecto al caso PERÚ LNG, es pertinente hacer hincapié en que el TFA confirma una sanción impuesta por la DFSAI por incumplimiento de normas laborales, puesto que el cumplimiento de las mismas había sido incorporado en el EIA como un compromiso para aminorar el impacto social<sup>29</sup>.

---

28 Decreto Supremo N° 046-93-EM. Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, publicada el 12 de noviembre de 1993.

Artículo 48º.- En caso de incumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento, el responsable será sancionado administrativamente, de acuerdo a lo siguiente:

(...)

d) En caso los responsables incumplan, el PAMA a que se refiere la disposición transitoria del presente Reglamento o los EIA y EIAP a que se refiere el Artículo 10 o los PMA a los que se refiere el Artículo 11, se procederá del modo siguiente (...).

29 Un Estudio de Impacto Ambiental en palabras del profesor Esteve Pardo es "(...) una pieza fundamental (...) un elemento, por supuesto destacado, de esta fórmula y habrá de contener, al menos, los siguientes datos:

- a) Descripción general del proyecto. Utilización previsible de suelo y otros recursos. Estimación del volumen y tipo de residuos y emisiones.
- b) Exposición de las principales alternativas.
- c) Evaluación de previsible efectos sobre población humana y recursos naturales, también sobre el patrimonio histórico-artístico y el arqueológico.
- d) Medidas previstas para reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales significativos.

#### IV. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUBPRINCIPIO DE TIPICIDAD

El criterio del TFA sobre el tema de la referencia ha tenido un desarrollo amplio en el ámbito minero, especialmente respecto a la Resolución Ministerial 353-2000-EM/VMM, que aprueba la Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias<sup>30</sup>, la que es aplicable solo hasta la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, que aprueba el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales<sup>31</sup>.

De manera recurrente, las empresas mineras han argumentado que la citada resolución, anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>32</sup> (en adelante, LPAG) no cumple con tener el rango de ley que exigiría el Numeral 4 del Artículo 203<sup>o</sup> de dicha norma y, de otro lado, que no definiría con precisión las conductas constitutivas de infracción administrativa sancionable, es decir, la califican de “norma sancionadora en blanco”.

---

e) Programa de vigilancia ambiental.

Con una exigencia muy relevante se establece la de presentar un resumen del estudio y conclusiones en términos fácilmente comprensibles. (...)”.

ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 68.

La destacada jurista ambientalista Lozano Cutanda dice que la evaluación de impacto ambiental es una “técnica de protección ambiental de carácter preventivo, consistente en un procedimiento compuesto por un conjunto de estudios y sistemas técnicos, y abierto a la participación pública, cuyo objeto es posibilitar la evaluación por la autoridad ambiental del impacto o efectos para el medioambiente de un proyecto de obra o actividad en un informe, denominado declaración de impacto ambiental, en el que se pronuncia, desde los postulados ambientales, sobre la conveniencia o no de realizar el proyecto y sobre las condiciones que, en su caso, debe realizarse”. LOZANO, Blanca. *Derecho ambiental administrativo*. Décimo primera edición. Madrid: La Ley, 2010, p. 467.

30 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de setiembre del 2000.

31 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de noviembre del 2012.

32 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de abril del 2001.



Sobre el particular, reiteradamente el TFA ha desvirtuado lo que es afirmado por las empresas. En el reciente Caso VOLCAN<sup>33</sup>, el argumento medular del TFA es que la “*legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM viene garantizada por la cobertura que le otorga el TUO de la Ley General de Minería, la Ley N° 28964 y la Ley N° 29325*” (fundamento 38). En el extremo de la supuesta “norma sancionadora en blanco”, a criterio del TFA, no lo es, puesto que están claramente definidas la obligación legal (norma sustantiva) y la tipificación de la infracción (norma tipificadora).

Debemos puntualizar, al respecto, que la LPAG establece que la potestad sancionadora se rige en base a los principios de legalidad y tipicidad (llamados, por el TC, subprincipio de tipicidad). Esencialmente, en virtud del principio de legalidad, tenemos la garantía de que no podemos ser sancionados por las entidades públicas competentes si es que la infracción y la sanción no están prescritas en la ley. Sin embargo, más allá de su presencia en la LPAG, la mayor importancia que tiene este principio es su fundamento constitucional.

El principio de legalidad y el subprincipio de tipicidad, tal como lo llama nuestro TC, tanto en materia penal como administrativa, han sido reconocidos en el Artículo 2º, Literal 24) de la Constitución Política del Estado de 1993, en cuya virtud “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Ahora bien, si la actividad desplegada por la administración pública en ejercicio de la potestad sancionadora administrativa siempre incidirá negativamente en la esfera jurídica del particular, se tendrá una garantía de protección de los derechos del ciudadano, ya que este sabrá con antelación (*lex praevia*), a ciencia cierta, cuáles son las conductas consideradas ilegales y cuáles son las consecuencias jurídicas gravosas a ellas (*lex certa*). A cada conducta ilegal, en otras palabras, infracción administrativa, le corresponde una sanción. La legalidad de la infracción y de la sanción, se refieren a que una ley las determine, pero allí no concluyen los alcances del principio: esta ley debe ser exhaustiva en la descripción legal de la conducta ilegal y el castigo a aplicar (tipicidad). No obstante, dado que es imposible la tarea de que el legislador pueda prever en la ley todas las infracciones administrativas posibles en cada una de las actividades reguladas administrativamente, es que la propia LPAG reconoce, en la descripción del principio de tipicidad, la posibilidad de que mediante regla-

---

33 Resolución TFA N° 010-2014-OEFA/TFA recaída en el expediente N° 186-2012-DFSAI/PAS seguido contra VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., que confirma la sanción impuesta.



mentos se complete el círculo de tipificación de las infracciones, siempre que una ley permita la colaboración reglamentaria a la Administración Pública.

En el caso de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, el TFA concluye que no se vulnera el principio de legalidad ni el de tipicidad porque el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM<sup>34</sup> (en adelante, TUO de la Ley General de Minería), estableció la posibilidad de que la Autoridad Administrativa impusiera sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones normativas del sector<sup>35</sup>. De otro lado, el TFA remarca que la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26821<sup>36</sup>, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales<sup>37</sup>, dispuso que mantenía su plena vigencia, entre otras, el TUO de la Ley General de Minería, así como sus normas modificatorias o complementarias, entre ellas, la Resolución Ministerial en mención, la que sustituyó a la Resolución Ministerial N° 310-99-EM/VMM<sup>38</sup>, que aprobó la escala de multas y penalidades a aplicarse en caso de incumplimiento de las disposiciones contenidas en el TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias.

Adicionalmente, el TFA menciona que la citada Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM también siguió vigente y aplicable porque la primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 28964, ley que transfirió

34 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de junio de 1992.

35 Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de junio de 1992.

Artículo 101º.- Son atribuciones de la Dirección General de Minería, las siguientes:

(...)

l) Imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en la presente Ley, su Reglamento y el Código de Medio Ambiente.

36 "Tercera.- Mantiene su plena vigencia, entre otras, las siguientes leyes sobre recursos naturales promulgadas con anterioridad a la presente, incluyendo sus modificatorias o complementarias:

(...)

- Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

(...)"

37 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de junio de 1997.

38 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de julio de 1999. Norma derogada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinergmin<sup>39</sup>, así lo estableció:

PRIMERA.- En tanto se aprueben por el Osinergmin, los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, *seguirán vigentes* las disposiciones sobre esta materia contenidas en la Ley N° 27474 y *continuarán aplicándose* los procedimientos establecidos en el Reglamento de Fiscalización de Actividades Mineras, aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM y sus normas modificatorias, *así como la Escala de Sanciones y Multas, aprobada por Resolución Ministerial N° 310-2000-EM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encuentren vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley (...)* (la cursiva es nuestra).

A partir de todo ello, el TFA fija el criterio consistente en que “la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 28964 no contiene un supuesto de colaboración reglamentaria, esto es de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM que complemente o desarrolle la Ley N° 28964, sino que dicha Ley reconoce que las disposiciones aprobadas mediante la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ‘seguirán vigentes y continuarán aplicándose’. Utilizando este recurso, la Ley N° 28964 hace suyas las disposiciones de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM otorgándole cobertura legal y garantizando, de esta manera, el cumplimiento del principio de legalidad de la Ley N° 27444”<sup>40</sup>. A esto se suma que el proceso de transferencia de funciones iniciado con el Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM<sup>41</sup>, en concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley SINEFA, autorizó al OEFA a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el propio Osinergmin, entre las cuales se encuentra la referida Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, cuya legalidad había sido garantizada previamente.

En lo relativo a la supuesta vulneración del principio de tipicidad previsto en el numeral 4 del Artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se debe remarcar que la descripción de la conducta tipificada como infracción tenga una exhaustividad suficiente que permita al administrado identificar los elementos de la conducta sancionable.

---

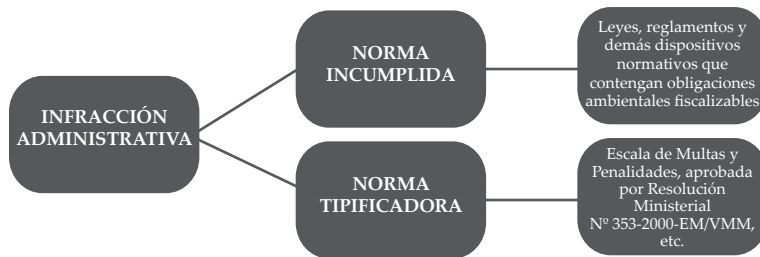
39 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero del 2007.

40 Fundamento 35 de Resolución TFA N° 010-2014-OEFA/TFA recaída en el expediente N° 186-2012-DFSAI/PAS seguido contra VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A.

41 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de enero del 2010.

A criterio del TFA, como se ha mencionado líneas arriba, se tiene una tipificación correcta cuando se suma una norma *sustantiva* que indubitadamente establezca una obligación legal, y otra norma *tipificadora* que la describa como infracción administrativa pasible de sanción, lo que es aceptado por la doctrina administrativa como la técnica de tipificación por remisión, asiduamente utilizada por el legislador y la Administración Pública.

**Gráfico utilizado por el TFA<sup>42</sup>:**  
Infracción administrativa ambiental



En el Caso VOLCAN, la infracción imputada consistía en el incumplimiento del Artículo 4º de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, que aprobó los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos minero – metalúrgico<sup>43</sup>; y el Artículo 5º del Decreto Supremo N° 016-93-EM, que aprueba el Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente<sup>44</sup>. Además, dicha infracción estaba tipificada en el Numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la cual señala lo siguiente:

3.1 *Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763, Ley de Fiscalización por Terceros y su*

42 Extraído de la Resolución TFA N° 010-2014-OEFA/TFA recaída en el expediente N° 186-2012-DFSAI/PAS seguido contra VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A.

43 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de enero de 1996. Norma derogada por el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM, que aprueba los Límites Máximos Permisibles para la descarga de efluentes líquidos de actividades minero-metalúrgicas (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 21 de agosto del 2010).

44 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de mayo de 1993.

Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, *Resoluciones Ministeriales* N°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción (...) (la cursiva es nuestra).

Dicha infracción se consideraba como grave con la consecuente elevación de la multa porque generaba daño al medio ambiente (la multa era desde 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT). En el caso bajo análisis, la infracción se consideró como grave porque el incumplimiento de los límites máximos permisibles (LMP) configura el supuesto de daño ambiental descrito en el Numeral 142.2 del Artículo 142° de la Ley General del Ambiente.

En palabras del TFA:

46. (...) el incumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable contenida en el Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituye infracción grave y sancionable conforme al tipo contenido en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM<sup>45</sup>.

Como se aprecia, tanto la obligación sustantiva, como la infracción tipificada resultan plenamente identificadas de un análisis ordinario.

Ciertamente, esta controversia respecto a los principios de legalidad y tipicidad podrían seguir presentándose hasta que se terminen de resolver los procedimientos administrativos sancionadores iniciados durante la vigencia de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, porque, a partir del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, se aprobó un nuevo cuadro de tipificación de infracciones. Cabe resaltar la importancia de que, según el principio de legalidad, no podría existir, en ningún caso, una infracción sin una obligación legal establecida claramente en el ordenamiento jurídico ambiental, pues sería inconstitucional.

---

45 En este sentido, se aprecia que la conducta ilícita tipificada en el Numeral 3.2 del Punto 3 del anexo de la Resolución N° 353-2000-EM/VMM es una infracción precisa e inequívoca, respecto del incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables que se imponen al titular minero. Y, asimismo, se verifica que existe una predeterminación normativa de la conducta y sanción correspondiente, no dando lugar a posibles interpretaciones extensivas o analógicas al momento de aplicar las normas que contienen la infracción tipificada.

## V. INCUMPLIMIENTO DE LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES Y DAÑO AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERA (CASO NYRSTAR)

El análisis de este tema abarcará el caso NYRSTAR, plasmado en la Resolución TFA N° 082-2013-OEFA/TFA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de abril del 2013, mediante la cual el TFA aprueba criterios de importancia en materia de competencia del OEFA, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD<sup>46</sup> y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA/CD<sup>47</sup>.

La empresa NYRSTAR, a través de efluentes minero-metalúrgicos autorizados y no autorizados, excedió los LMP para los parámetros Fe, Zn y STS, establecidos en el Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, que causan daño al ambiente. En virtud de esto, la infracción calificaba como grave, de conformidad con el Numeral 3.2 del punto 3 del anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

El argumento recurrente de las empresas mineras que infringen los LMP es que deberían ser sancionadas de conformidad con el Numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por lo que merecerían una sanción de 10 UIT en lugar de una de 50 UIT<sup>48</sup>.

Al respecto, el criterio del TFA en el caso NYRSTAR es que la definición de daño ambiental (fundamentos 53 y 54), prevista en la Ley General del Ambiente, recoge dos elementos de importancia:

---

46 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio del 2011. Derogada por Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de agosto del 2013).

47 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de diciembre del 2012.

48 Hoy podrían ser sancionados hasta con 25 000 UIT, según lo dispuesto por la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de noviembre del 2013, que tipifica las infracciones administrativas y establece la escala de sanciones relacionadas con el incumplimiento de los límites máximos permisibles (LMP) previstos para las actividades económicas que se encuentran bajo el ámbito de competencia del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, en caso de que el exceso de LMP genere daño real a la vida o salud humanas, y el administrado no cuente con título habilitante.

- a) El daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
- b) El referido menoscabo material debe generar efectos negativos que pueden ser *actuales o potenciales*.

Continúa de la siguiente manera:

(...) 55. Con relación al primer elemento, referido al menoscabo material, cabe señalar que ello involucra toda afectación al ambiente que se produce, por ejemplo, al emitir sustancias contaminantes que deterioran la calidad física o química de alguno o varios de los elementos del ambiente, alterando su estado natural en mayor o menor medida.

56. A su vez, el segundo elemento hace referencia a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido en el ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean *potenciales*<sup>49</sup>, *entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir*.

57. Tal como señala Sánchez Yaringaño “el efecto negativo del daño ambiental no necesariamente debe ser inmediato y actual, sino que puede ser potencial y futuro. Al respecto, es necesario distinguir entre causas y efectos. De acuerdo a la Ley, solamente los efectos pueden ser actuales o potenciales, las causas que generan esos efectos sí tienen que verificarse en la realidad (...) a través de los métodos propios de la ciencia y de la tecnología”.

58. En tal sentido, el menoscabo material se configura frente a toda acción u omisión, que altere, trastorne o disminuya algún elemento constitutivo del ambiente; mientras que lo potencial son los efectos negativos de ese menoscabo, es decir, la probabilidad futura en grado de verosimilitud de que ocurran dichos efectos negativos.

59. De acuerdo con lo establecido en el numeral 32.1 del artículo 32º de la Ley N° 28611, el LMP “es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que *al ser excedida causa o puede*

---

49 En esa línea, Peña sostiene que “[d]e esta forma, se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual este debe ser siempre cierto, efectivo, determinable, evaluable, individualizable y no puramente eventual o hipotético, pues, tratándose del daño ambiental, es necesario únicamente su probabilidad futura para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos”. Véase PEÑA, Mario. “*Daño ambiental y prescripción*”. Consultado el 18 de febrero del 2013 <[http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06\\_mario\\_penia\\_chacon.html](http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html)>.

*causar daños* a la salud, al bienestar humano y al ambiente (la cursiva es nuestra).

60. Por ello, si una empresa excede los LMP, causa o puede causar un daño que, de acuerdo con la definición del numeral 142.2 del artículo 142º de la Ley N° 28611 desarrollada en los considerandos 53 al 59 de la presente Resolución, constituye daño ambiental. En este caso, el menoscabo material se verifica mediante la debida comprobación del exceso de los LMP, es decir, la superación de los niveles tolerables de descargas al ambiente respecto de un determinado parámetro; mientras que, los efectos negativos de tal menoscabo material pueden ser actuales o potenciales.

61. De lo expuesto, se tiene que el exceso de los LMP implica la existencia de daño ambiental; y, por tanto, configura la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, referida a la generación de daño al ambiente (...).

La infracción por exceder los LMP establecidos por la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, cometida por Volcan, es una infracción grave porque el hecho de excederlos, según la definición legal del numeral 142.2 del Artículo 142º de la Ley General del Ambiente, es considerado como daño ambiental.

## **VI. VALOR PROBATORIO DE LOS INFORMES DE ENSAYO PARA VERIFICAR CUMPLIMIENTO DE LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES**

Un tema vinculado a la infracción a los LMP establecidos para la industria minera es lo relativo a los medios de prueba que sustentan ese cumplimiento.

Sobre la infracción de exceder los LMP, se debe tener en cuenta que la presencia de fierro, pH, zinc, plomo, entre otros, en los efluentes de la industria minera, se determina mediante análisis de laboratorio. Estos se realizan con muestras tomadas con un método especializado que los laboratorios poseen y que igualmente es acreditado por el Indecopi.

En el reciente caso Raura<sup>50</sup>, la argumentación del TFA, explicada en los fundamentos que van del párrafo 48 al 60 de la Resolución TFA N° 284-2013-OEFA/TFA, está enfocada en la normativa del Indecopi sobre el sistema de acreditación, a la que llegan por la remisión que dispone el Artículo 10º del Decreto Supremo N° 018-2003-EM, Reglamento para la coloración y el uso de marcadores o trazadores en los combustibles líquidos y otros productos derivados de los hidrocarburos

---

50 Compañía Minera Raura S.A.



y normas complementarias para el control de calidad<sup>51</sup>, el cual establecía que los análisis de muestras y ensayos que se requieran para las acciones de fiscalización deberán realizarse en los laboratorios acreditados en el Indecopi.

En suma, el TFA hace uso de las reglas de la sana crítica para la valoración de la prueba dentro del procedimiento administrativo sancionador, y concluye que los informes de ensayo emitidos por laboratorios acreditados por el Indecopi que llevan impreso el logo de acreditación respectivo, constituyen prueba válida y suficiente de los resultados contenidos en ellos, salvo prueba en contrario. El TFA ha considerado que el valor probatorio del documento expedido por el laboratorio proviene tanto de su resultado (que indica que se excedieron en determinado parámetro de los LMP), como también por el hecho de que ello está garantizado por la probada idoneidad técnica que proviene de la acreditación otorgada por el Indecopi respecto del método de ensayo e instalaciones utilizadas para realizar los ensayos (equipos y condiciones) que usa el laboratorio, lo cual es validado con la visibilidad del sello de acreditación en el documento (informe de ensayo) y estas son cuestiones objetivas que los administrados estarían en capacidad de desvirtuar.

## VII. LA DOSIMETRÍA DE LAS MULTAS APLICADA POR EL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

Son tres los casos destacables del nuevo cálculo de multa que ha realizado el TFA. Para estos, el TFA asignó nuevos valores –considerados como los correctos y justos por ese colegiado– en sustitución a los valores colocados por la DFSAI en la resolución de primera instancia. Esto originó que las fórmulas de determinación de multas aplicables al caso, dieran como resultado un monto menor al impuesto por el órgano sancionador. En los demás casos en los cuales el TFA ha concluido que el cálculo efectuado por la DFSAI debería realizarse nuevamente, se entiende que, al no haber podido ser subsanados por el propio TFA, este decidió declarar la nulidad de las resoluciones y devolver los actuados a la DFSAI para que sea la propia primera instancia la que proceda a calcular la multa nuevamente. Los casos de nuevo cálculo son los que se siguieron contra TGP, DOE RUN Y BRENNTAG<sup>52</sup>.

---

51 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de mayo del 2003. No forma parte del ordenamiento jurídico vigente, según el Artículo N° 3 del Decreto Supremo N° 118-2013-PCM (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 1 de noviembre del 2013).

52 Resolución TFA N° 127-2013-OEFA/TFA del 7 de junio del 2013 recaída en el expediente N° 106601, seguido contra TRANSPORTADORA DE GAS DEL PERÚ S.A., Resolución TFA N° 275-2013-OEFA/TFA del 27 de diciembre del 2013 recaída en el Expediente N° 093-08-MA/R, seguido contra DOE RUN S.R.L. y Resolución TFA N° 286-2013-OEFA/TFA del 27 de diciembre del 2013 recaída en el Expediente N° 176-2013-OEFA/DFSAI/PAS, seguido contra BRENNTAG PERÚ S.A.



La determinación de multas y la revisión de las mismas forma parte de la potestad sancionadora que ostentan los órganos sancionadores del OEFA (DFSAI y TFA), la misma que, siendo una potestad discrecional, debe ser ejercida en el marco de los principios aplicables al procedimiento administrativo sancionador, especialmente, el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de proporcionalidad subyace, en todo momento, al ejercicio de las potestades administrativas, entre ellas la potestad sancionadora, como un límite necesario a los campos de discrecionalidad administrativa. Así, el referido principio es connatural a imponer un límite a la discrecionalidad del órgano que ejerce una competencia en el ámbito administrativo; por ello, ha sido considerado por el TC y la doctrina administrativa como uno de los aspectos básicos que presupone un Estado de derecho e impone la obligación a las diversas entidades públicas que ejerzan las funciones que les han sido encomendadas de acuerdo a la Constitución y las leyes, para lograr la satisfacción de los intereses públicos de una manera razonable, tanto frente a la sociedad en su conjunto como a las personas individuales.

En el caso del ejercicio de la potestad sancionadora para imponer sanciones económicas (multas) a los administrados, la aplicación del principio de proporcionalidad, acompañado o no con fórmulas matemáticas para su determinación, ha sido denominada por un sector de la doctrina como la “dosimetría sancionadora” situada en la “dimensión aplicativa” del principio, la que complementa la “dimensión normativa” referida a todo el marco constitucional y legal de un ejercicio razonable del poder sancionador.

El TC en su sentencia emitida sobre el expediente N° 2192-2004 menciona lo siguiente:

El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador

15. El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el

procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación<sup>53</sup>.

El fundamento constitucional es complementado, en el procedimiento administrativo sancionador, por lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando en el Artículo 230º lo reconoce como principio de razonabilidad.

Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa  
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:  
(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor  
(...).

En el procedimiento administrativo sancionador ambiental, no existe uniformidad en la regulación de la dosimetría sancionadora (dimensión aplicativa del principio de proporcionalidad). La explicación de ello radica en la nota característica –que hemos mencionado varias veces en este trabajo– de la evolución normativa de tutela ambiental, los cambios en la estructura estatal para atenderlos a lo largo de décadas, la dispersión normativa y los distintos órganos competentes. Hoy por hoy, tenemos, por lo menos, lo siguiente:

---

53 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2192-2004-AA /TC, en la acción de amparo interpuesto por don GONZALO ANTONIO COSTA GÓMEZ Y MARTHA ELIZABETH OJEDA DIOSES contra el alcalde de la Municipalidad Provincial de Tumbes, con el objeto de que se declare sin efecto la Resolución de Alcaldía N° 1085-2003-ALC-MPT, de fecha 16 de diciembre del 2003, que les impuso la sanción de destitución de sus puestos de trabajo.

- Fórmulas dispersas que aplicó el Osinergmin y que siguen siendo utilizadas por DFSAI, previstas en normas que aprueban escalas de diversos sectores supervisados (hidrocarburos, electricidad); por ejemplo, en el caso de hidrocarburos, la Resolución 028-2003-OS/CD y sus modificatorias, aprobó la Tipificación y Escala de Multas y Sanciones de Hidrocarburos (caso BRENNTAG PERÚ).
- Otras fórmulas que, en ejercicio de la potestad discrecional legalmente otorgada a la DFSAI y al TFA del OEFA, estas las adoptan y las aplican en cada caso concreto con criterios de proporcionalidad (caso DOE RUN). Estas fórmulas no tienen aprobación mediante resolución.
- A partir de marzo de 2013, la Metodología para el Cálculo de las Multas Base y la Aplicación de los Factores Agravantes y Atenuantes a Utilizar en la Graduación de Sanciones de acuerdo a lo establecido en el artículo 6º del Decreto Supremo Nº 007-2012-MINAM, aprobada por la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo Nº 035-2013-OEFA/PCD, Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 6º del Decreto Supremo Nº 007-2012-MINAM<sup>54</sup>.

Todas esas fórmulas son mecanismos para colocar a la discrecionalidad administrativa dentro de parámetros que hagan que su actuar sea razonable, tanto para la tutela del ambiente como para el administrado, en el sentido que no sea excesivamente gravoso. Ese objetivo se puede lograr, siempre y cuando sean aplicadas dentro de los cánones establecidos por el principio de razonabilidad (proporcionalidad) en la Ley del Procedimiento Administrativo General, y ello es a lo que el TFA se aboca cuando toma conocimientos de los expedientes que suben en grado para ser conocidos por ese colegiado.

En los casos mencionados, como el de BRENNTAG, el TFA sustituye el valor de costo evitado<sup>55</sup>, lo que tuvo como resultado la reducción de la multa. Para

---

54 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de marzo del 2013.

55 “48. En el presente caso, la DFSAI consideró como parte del costo evitado, el trabajo de un empleado de la empresa para que valide los referidos instrumentos; no obstante, teniendo en cuenta que dicho empleado ya forma parte del personal de la empresa y que, por tal condición, percibe un sueldo asignado previamente; este órgano Colegiado considera que no resulta razonable que se le impute como costo evitado el ahorro de la labor del empleado para la validación de la Declaración de Manejo de Residuos Sólidos del año 2011 y el Plan de Manejo de Residuos Sólidos del año 2012”.

DOE RUN<sup>56</sup>, el TFA volvió a calcular la multa porque se había cumplido con las recomendaciones, lo que era un factor atenuante que no se tuvo en cuenta por la DFSAI. Por último, en el expediente de TGP, el TFA rebajó la multa, porque eliminó el valor consignado por la DFSAI para el Factor 5 de la fórmula aplicable<sup>57</sup>.

En el ejercicio de la discrecionalidad técnica que lleva a cabo el TFA, este órgano, que goza de profunda especialización en la materia, debe aplicar criterios de equidad para lograr que las potestades discrecionales que ejerce sean realizadas dentro del principio de proporcionalidad, es decir que, a la vez, se proteja el ambiente y se sancione razonablemente a los que infringen la normativa ambiental.

## VIII. PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA

La prescripción “marca el límite temporal para el ejercicio legítimo de la potestad sancionadora”<sup>58</sup>. En este sentido, del lado de la Administración Pública

---

56 “40. En este contexto, se verifica que DOE RUN cumplió las recomendaciones formuladas durante la supervisión regular llevada a cabo del 26 al 30 de diciembre de 2008, antes de la imputación de cargos; por tal motivo, tal circunstancia debió tomarse en consideración como factor atenuante de la responsabilidad de DOE RUN al momento de realizarse el cálculo de la multa, de acuerdo con lo dispuesto por el Numeral 1 del Artículo 236-A de la Ley N° 27444, el cual prevé que constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputada, como constitutiva de infracción administrativa con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, sin embargo ello no ocurrió.

41. En consecuencia, corresponde reformular el cálculo de la multa correspondiente a las dos (2) infracciones al Artículo 10° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM”.

57 “71. Al respecto, los hechos materia de la presente imputación fueron verificados en las supervisiones realizadas en el año 2003, siendo que en dicho ejercicio anual TGP registró nivel de ventas ‘\$ 0.00’, de acuerdo a lo reportado en la memoria anual remitida a la Superintendencia del Mercado de Valores, donde se señaló que TGP no generó ingresos por ventas en el año 2003. Es preciso señalar que a esa fecha, el proyecto se encontraba en la fase de construcción.

72. En ese sentido, corresponde estimar lo alegado por la apelante en relación al valor del Factor agravante F5 ‘Capacidad de afrontar los gastos evitados’; y por consiguiente, reformular el cálculo de la multa, eliminándose el valor consignado para el factor F5, de acuerdo a lo señalado en el considerando precedente. Por tanto, luego del cálculo de la multa corresponde fijar el monto de la multa en seiscientos veinte con treinta y siete centésimas (620.37) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)”.

58 CANO, Tomás. “La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del ius puniendi”. *Revista general de Derecho Administrativo*. N° 31, 2012, p. 29, Madrid.

exige que esta se desempeñe eficaz y oportunamente en el tiempo para castigar las infracciones a la normativa; y, de cara a los administrados, la prescripción responde a una lógica garantista que tiene su fundamento en el principio de seguridad jurídica, pues no se le podría sancionar fuera del tiempo establecido para que la Administración imponga el castigo administrativo<sup>59</sup>.

El plazo de prescripción está establecido en el Artículo 233º de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

#### Artículo 233.- Prescripción

233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.

233.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada.

El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 235, inciso 3 de esta Ley. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

233.3 Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa.

Cabe señalar que, en materia ambiental, los diversos reglamentos de procedimientos administrativos sancionadores han transcrito esta regla o hacen referencia a la misma, por lo que, en los casos en los cuales los administrados alegan la prescripción ante el TFA, este las analiza conforme al artículo glosado.

El artículo citado de la LPAG nos indica que el inicio del cómputo del plazo de prescripción es distinto si se trata de infracciones instantáneas o continuadas.

---

<sup>59</sup> DANÓS, Jorge. “La prescripción de las infracciones, de la ejecución de las sanciones y la caducidad (perención) del procedimiento administrativo sancionador”. En DANÓS, Jorge Et. ál (coordinadores). *Derecho administrativo en el siglo XXI*. Primera edición. Arequipa: Adrus, 2013, p. 695.

En el primero de los casos, se cuenta desde que la infracción se cometió y, en el segundo de ellos, cuando la infracción cesó.

La doctrina administrativa sostiene que las infracciones continuadas y las infracciones permanentes tienen características distintas, no obstante lo cual en ambos casos el plazo de prescripción se empieza a contar a partir de que cesan<sup>60</sup>. En nuestro país, la LPAG, respecto al plazo de prescripción, indica que en el caso de infracciones de *acción continuada* el cómputo del plazo se inicia cuando cesan.

La destacada jurista De Palma puntualiza que:

(...) la infracción continuada –como el delito continuado– es una construcción que tiene por objeto evitar reconocer que concurren varios hechos típicos constitutivos de otras tantas infracciones cuando existe unidad objetiva (la lesión de un mismo bien jurídico aunque hubiera sido producida por distintas acciones) y/o subjetiva (un mismo hecho típico pero distintos sujetos pasivos) que permite ver a distintos actos, por sí solo ilícitos, como parte de un proceso continuado unitario”.

Continúa diciendo, en cuanto a las infracciones permanentes, que estas, en cambio:

(...) se caracterizan porque determinan la creación de una situación antijurídica que se prolonga durante un tiempo por voluntad de su autor. Así, a lo largo de aquel tiempo el ilícito se sigue consumando, la infracción se continúa cometiendo, se prolonga hasta que se abandona la situación antijurídica. En consecuencia, en este caso el plazo de prescripción sólo podrá comenzar a computarse desde el momento en que ha cesado la situación antijurídica, ya que es entonces cuando se consuma la infracción. (...) Por tanto, sólo en el caso de las infracciones permanentes el plazo de prescripción comienza a correr cuando cesa el mantenimiento de la situación ilícita, pues hasta este momento se ha estado consumando la infracción (...)<sup>61</sup>.

---

60 El *dies a quo* es cuando cesan porque en ese momento es cuando el infractor pone fin a la situación antijurídica que ha generado con la infracción “...y no antes, en la medida en que no puede empezar a prescribir aquello que todavía no ha terminado”. Véase GÓMEZ, Manuel e Íñigo SANZ. *Derecho administrativo sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Segunda edición. Navarra: Thomson Reuters, 2010, p. 563.

61 DE PALMA, Ángeles. “Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción”. *Revista española de Derecho Administrativo*, Nº 112, 2001, pp. 553-574, Navarra.

En la misma línea, Gómez y Sanz afirman que “(...) por lo que respecta a las infracciones permanentes, pueden definirse como aquellas figuras en las que la acción provoca la creación de una situación antijurídica duradera que el sujeto mantiene a lo largo del tiempo dolosa o imprudentemente”<sup>62</sup>.

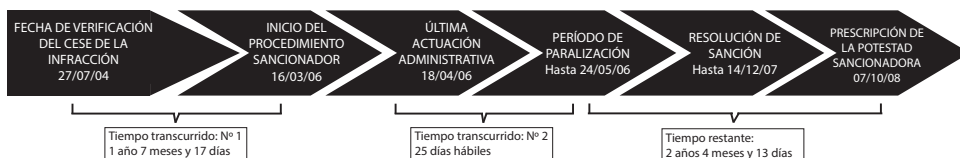
Así las cosas, cuando el Artículo 233º de la Ley del Procedimiento Administrativo General hace mención a las infracciones de *acción continuada*, es preciso entender que la ley contempla y se está refiriendo a una situación antijurídica prolongada en el tiempo, es decir, a las infracciones permanentes como las entiende la doctrina, e incluso puede entenderse también para el caso de las infracciones continuadas, compuestas por sucesivos actos infractores en una unidad objetiva. Por ello, en ambos casos, el *dies a quo* del plazo de prescripción comienza a contarse a partir de la cesación de la conducta infractora.

El TFA, en los casos de prescripción que ha conocido, realiza un análisis de si las infracciones imputadas tienen el carácter de continuadas o instantáneas, a cuya conclusión, únicamente, se puede llegar evaluando caso por caso, de acuerdo a la naturaleza de la infracción y las normas sustantivas y tipificadoras aplicables. Sobre este punto, es interesante destacar el caso TGP<sup>63</sup>.

Una vez identificada la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción, otro aspecto muy importante a destacar es el conteo mismo del plazo. Citamos como ejemplo el siguiente:

#### Caso: Infracción continuada se inicia con el cese de la infracción.

44. En relación a las observaciones levantadas el fecha 27 de julio de 2004, habiéndose realizado el cómputo del plazo se verifica lo siguiente:



62 GÓMEZ, Manuel e Íñigo SANZ. Óp cit., pp. 561-562.

63 Resolución TFA N° 219-2013-OEFA/TFA del 23 de octubre del 2013 recaída en el Expediente N° 108014, seguido contra Transportadora de gas del Perú S.A.



45. Al respecto, teniendo en cuenta que la potestad sancionadora del Osinergmin prescribía el 7 de octubre del 2008 y que se emitió pronunciamiento a través de la Resolución de Gerencia General N° 3740-2007-OS/GG el 14 de diciembre de 2007, se concluye que no había prescrito la potestad sancionadora del OSINERGMIN.

Nótese que el gráfico considera un tiempo de veinticinco (25) días, esto es, en virtud a lo dispuesto por la LPAG, en el sentido que el inicio del procedimiento administrativo sancionador suspende el cómputo del plazo de prescripción, y este se reinicia, cuando transcurrió ese lapso. Como mención final, no está demás señalar, que para el cómputo del término de prescripción deben tenerse en cuenta los días declarados inhábiles en los años en los que está transcurriendo el tiempo.

## IX. CONCLUSIÓN

Merece destacarse que las pautas interpretativas del TFA expuestas en el presente trabajo, trasluce, de un lado, la especialización con que cuenta el TFA, y, del otro, la importancia de ir reflexionando de forma periódica sobre ello, pues estos criterios van conformando un núcleo de justicia administrativa ambiental que debe mantenerse dentro de los parámetros constitucionales y legales para garantizar tanto la protección del ambiente, como la justicia sobre las sanciones que se imponen a los administrados. La utilidad de una ponderación con regularidad de esos criterios puede permitir mejoras en la normativa, inspirar medidas para prevenir el incumplimiento de normas o diseño de programas de incentivos, entre otros, para mejorar la eficiencia del SEIA.

## BIBLIOGRAFÍA

CANO, Tomás

2012 "La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del ius puniendi". *Revista general de derecho administrativo*. Madrid, número 31.

DANÓS, Jorge

2013 "La prescripción de las infracciones, de la ejecución de las sanciones y la caducidad (perención) del procedimiento administrativo sancionador". En DANÓS, Jorge et. ál (coordinadores). *Derecho administrativo en el siglo XXI*. Primera edición. Arequipa: Adrus.

DE PALMA, Ángeles

2001 "Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción". *Revista española de Derecho Administrativo*. Navarra, número 112.



ESTEVE PARDO, José

2008 *Derecho del medio ambiente*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons.

GÓMEZ, Manuel e Íñigo SANZ.

2010 *Derecho administrativo sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Segunda edición. Navarra: Thomson Reuters, 2010.

LOZANO, Blanca

2010 *Derecho ambiental administrativo*. Vigésimo primera edición. Madrid: La Ley.

PEÑA, Mario

s/a *Daño ambiental y prescripción*. Consulta: 18 de febrero del 2013  
<[http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06\\_mario\\_penia\\_chacon.html](http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html)>

ROJAS, Verónica

2006 "El Derecho Administrativo y la protección del medio ambiente en el Perú. Su impacto sobre la biodiversidad". *Revista aragonesa de Administración Pública*. Aragón, número 28.

## LOS NUEVOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

### EL DESAFÍO DE LOGRAR UNA JUSTICIA AMBIENTAL EQUILIBRADA

MARIO HUAPAYA NAVA  
ERNESTO SOTO CHÁVEZ

“The new governance requires the sensitive modulation of rewards and penalties in order to elicit the cooperative behavior required from the interdependent players in complex tool network”.

The Tools of Government \*

Lester M. Salamon

#### SUMARIO

*En este artículo, los autores expresan la necesidad de encontrar, en la justicia administrativa ambiental, el equilibrio entre la política pública de promoción de actividades industriales dedicadas a la explotación de nuestros recursos naturales y la política enfocada en la protección y aprovechamiento sostenible del ambiente. En este contexto, se presentan los nuevos criterios del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, a través de los cuales se busca alcanzar dicho equilibrio.*

I. Introducción. II. La justicia administrativa ambiental. III. Criterios del Tribunal de Fiscalización Ambiental en aplicación de una justicia ambiental equilibrada. IV. Conclusiones.

\* SALAMON, Lester M. “The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction”. En SALAMON, Lester M. (editor). *The Tools of Government. A guide to the new governance*. Nueva York: Oxford University Press, 2002, p. 17.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes desafíos de la Administración Pública, a todo nivel y en todas las latitudes, es, sin duda, lograr un balance eficiente entre las políticas de restricción y las medidas de promoción de comportamientos económicos específicos. Un claro ejemplo lo representa el necesario equilibrio entre la política pública de promoción de actividades industriales dedicadas a la explotación de nuestros recursos naturales y la política enfocada en la protección y aprovechamiento sostenible del ambiente.

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), institución pública peruana a cargo de incentivar buenas prácticas ambientales mediante la sanción de las infracciones a la legislación de la materia, constituye una entidad clave en el tan ansiado balance o equilibrio de la institucionalidad de nuestro país, donde claramente un excesivo o irracional uso de la autoridad pública puede retirar a los agentes del mercado, retraer sus nuevas inversiones y/o desincentivar a los nuevos actores. Por otro lado, una legislación y gestión ambientales débiles o insuficientes podrían no garantizar o garantizar pobremente los derechos fundamentales que la entidad promueve y defiende, y que presentan sus cimientos en nuestra Constitución Política y derechos fundamentales reconocidos a nivel global.

El equilibrio en el ejercicio de la función pública no es una meta, sino el modo necesariamente racional y proporcional de administrar el poder y los recursos del Estado en favor del bienestar común, bienestar que, en materia ambiental, involucra derechos esenciales, tales como a la salud y a un ambiente adecuado y propicio para la vida.

La premisa general de este artículo pasa por afirmar que el Estado, representado por el OEFA, y en el escenario del imperativo cumplimiento de la Constitución Política y sus mandatos legales, deberá reglamentar, supervisar, fiscalizar, sancionar e incentivar actividades económicas de manera proporcional y con “justicia ambiental”, tanto para los administrados en ejercicio de sus derechos económicos como para los ciudadanos afectados o puestos en riesgo por el desarrollo de las actividades de los primeros.

Cabe anotar que, sobre el equilibrio público planteado, se ha expresado el “Informe sobre las tendencias mundiales y el futuro de Latino América” de la CEPAL (2014)<sup>1</sup>, el cual, al referirse al desarrollo de nuestros países, identifica

---

1 BITAR, Sergio. *Las tendencias mundiales y el futuro de América Latina*. Primera edición. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2014. Consulta: 10 de febrero del 2014. <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/51954/LasTendenciasMundialesyFuturo.pdf>>.

la necesidad de sus gobiernos de desarrollar una capacidad prospectiva y de reflexión estratégica para el desarrollo sostenible y una *explotación de recursos naturales equilibrada, racional y responsable con el ambiente*, más aún cuando las decisiones de un país pueden afectar a los otros, como es el caso de sus aportes al cambio climático, tema cuyo desarrollo liderará el Perú, sede de la COP 2014<sup>2</sup>.

Volviendo al plano local y sobre el mismo tema, el Ministerio del Ambiente ha promovido y aprobado herramientas tales como la Política Nacional del Ambiente (2009)<sup>3</sup> y los Ejes Estratégicos de la Gestión Ambiental (2012)<sup>4</sup>, que contienen referencias directas a una política de desarrollo sostenible y al necesario *equilibrio ambiental*, con el que la fiscalización ambiental y la administración de justicia, encabezada por el OEFA, tienen un rol trascendente.

En tal escenario, el OEFA ha venido sosteniendo en su literatura académica<sup>5</sup> y aplicando, a través de su producción normativa, su compromiso con este enfoque de la fiscalización ambiental, un “enfoque de equilibrio” que ha interpretado válidamente cómo “gestionar positivamente las tensiones propias de la interacción entre la promoción de la inversión y la protección ambiental”.

Muestras claras de algunos elementos que equilibran la política pública de fiscalización ambiental a cargo del OEFA son:

- 2 NACIONES UNIDAS. *Framework Convention on Climate Change. Calendar*. Consulta: 10 de febrero del 2014.  
<[http://unfccc.int/meetings/unfccc\\_calendar/items/2655.php](http://unfccc.int/meetings/unfccc_calendar/items/2655.php)>.
- 3 MINISTERIO DEL AMBIENTE. *Política nacional del ambiente*. Segunda reimpresión. Lima: Ministerio del Ambiente, 2014. Consulta: 20 de febrero del 2014.  
<<http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/08/Pol%C3%ADtica-Nacional-del-Ambiente.pdf>>
- 4 MINISTERIO DEL AMBIENTE. Ejes Estratégicos de la Gestión Ambiental. Informe de la Comisión Multisectorial creada por Resolución Suprema N° 189-2012-PCM. Lima: 2012, p. 20. Consulta: 14 de abril del 2014.
- 5 Para una mejor aproximación al tema se puede consultar: GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS. “El fortalecimiento de la fiscalización ambiental”. *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 2012.

Fortalecimiento	En equilibrio, mediante	
Alto poder persuasivo mediante multas de hasta 30 000 UIT y la necesidad de los administrados de obtener judicialmente una medida cautelar para suspender la cobranza coactiva de sus multas	Aprobación de la metodología para el cálculo de multas base y aplicación de factores agravantes y atenuantes	Reglas generales sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA (aplicación del principio de no confiscatoriedad) <sup>6</sup>
	Reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia vinculados a la remisión de información	Directiva que promueve mayor transparencia respecto a la información que administra OEFA
Tipificación de infracciones y escala de sanciones vinculadas con la eficacia de la fiscalización ambiental	Reglamento de fraccionamiento y/o aplazamiento del pago de las multas impuestas por el OEFA	Reglamento del Registro de Infractores Ambientales

En tal escenario, el Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA), en el marco de su deber de administración de justicia administrativa y a propósito de los conflictos surgidos alrededor de la fiscalización ambiental, no puede ser ajeno a la búsqueda del equilibrio a través de sus decisiones, debiendo resolver en pos de la deseada justicia ambiental equilibrada, siempre en el marco de una absoluta garantía de la legalidad del procedimiento administrativo.

## II. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

### 2.1. El acceso a la justicia ambiental en el ámbito administrativo

El derecho al acceso a la justicia ambiental fue declarado como el décimo principio de la Declaración de Río en 1992, y dio paso al inicio del fortalecimiento institucional que hoy exhiben nuestros países en esta materia.

6 Referido en la décima regla general sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD del 18 de setiembre del 2013:

“10.1 En aplicación del principio de no confiscatoriedad, la multa a ser aplicada no será mayor al diez por ciento (10%) del ingreso bruto anual percibido por el infractor el año anterior a la fecha en se cometió la infracción”.

Tal derecho, con base en el de acceso a la justicia de nuestra Constitución Política<sup>7</sup>, constituye aquella atribución del ciudadano a obtener por parte del Estado una solución oportuna, justa y eficaz a los conflictos que afecten o pongan en riesgo sus derechos o intereses ambientales y, por extensión, una solución a los conflictos vinculados a las actividades económicas que involucran materias ambientales.

La justicia ambiental y la fiscalización ambiental eficaces han sido recogidos expresamente como parte del Eje Estratégico A<sup>8</sup>: Estado soberano y garante de derechos (gobernanza/gobernabilidad), reconociéndolos como fundamentales en los objetivos nacionales y resaltando su rol al orden social y jurídico.

Al respecto, Mariño y Tarazona<sup>9</sup> señalan que el derecho a la justicia ambiental implicaría dos supuestos imprescindibles:

Que todos los ciudadanos se encuentran en igualdad de condiciones para acceder a la justicia en procura de la solución de conflictos ambientales; y,

- (i) Que, como bien jurídico digno de tutela<sup>10</sup>, el medio ambiente deba ser protegido directamente por el Estado, a través de la organización y actuación de sus órganos administrativos y jurisdiccionales.
- (ii) En tal sentido, el Estado peruano ha previsto en su ordenamiento jurídico medios de acceso a la justicia mediante recursos constitucionales, penales,

---

7 En la sentencia recaída en el Expediente N° 010-2001-AI/TC el Tribunal Constitucional manifestó que “el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso”.

8 MINISTERIO DEL AMBIENTE. *Ejes Estratégicos de la Gestión Ambiental. Informe de la Comisión Multisectorial creada por Resolución Suprema N° 189-2012-PCM*. Lima: 2012, p.10. Consulta: 14 de abril del 2014.

9 Cf. TARAZONA, Hilda y José María MARIÑO. “El Tribunal de Fiscalización Ambiental: promotor de las garantías en la justicia ambiental”. En *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 2012, p. 294.

10 Cabe señalar que en su sentencia C-632-11 la Corte Constitucional de Colombia ha caracterizado al medio ambiente como un bien jurídico constitucionalmente protegido que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo. Para mayores referencias, acceder a: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-632-11.htm>>.

civiles y administrativos. Como señalan los citados autores, el régimen de tutela administrativa es el utilizado preferentemente en la región y al que este apartado se refiere en adelante.

Un sistema jurídico de justicia administrativa ambiental eficiente implica una estructura orgánica y funcional, dotada de una institucionalidad y autonomía que garanticen la legalidad de sus decisiones. En tal sentido, se requiere básicamente, desde el poder ejecutivo:

- (i) Obligaciones ambientales claras tanto sectoriales como transversales y;
- (ii) Mecanismos de comando y control que ordenen el ejercicio del poder de policía del Estado, manifestada a través de su potestad sancionadora<sup>11</sup>.

La gestión de la justicia ambiental administrativa, más que cualquier otra política sobre el ambiente, tiene como objeto central de su regulación las actuaciones económicas de los particulares, puesto que gran parte de esta implica condicionar, limitar, modelar o restringir el ejercicio de derechos (como el de propiedad) o libertades económicas (de comercio, de trabajo o de empresa).

Estos límites y condiciones a la actividad en este ámbito se traducen en las llamadas obligaciones ambientales, cuyo cumplimiento justifica el denominado Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado mediante la Ley N° 29325<sup>12</sup>, que establece como su responsable y ente rector al OEFA.

En este contexto, el Estado organiza, condiciona y limita los derechos de los administrados y, posteriormente, sanciona sus incumplimientos<sup>13</sup>. Por lo tanto, es natural que se materialice nuevamente la citada tensión entre los intereses públicos y privados y, por ende, una nueva oportunidad para que el Estado, a

---

11 Ambos aspectos han sido recogidos en la Política Nacional del Ambiente, particularmente en el Eje de Política N° 2, referido a la Gestión Integral de la Calidad del Ambiente.

12 Ley N° 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental  
Artículo 4.- Autoridades competentes. Forman parte del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental:

- a) El Ministerio del Ambiente (Minam).
- b) El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).
- c) Las Entidades de Fiscalización Ambiental, Nacional, Regional o Local.

13 El derecho se ha preocupado de desarrollar distintos mecanismos que, fundados en la defensa del ambiente, imponen límites a la libertad de empresa y la obligan a desarrollar sus actividades con el menor daño posible al entorno del cual no son otra cosa que un usuario más.

través del Tribunal de Fiscalización Ambiental, actúe con equilibrio en su administración de justicia, dentro del marco legal que está obligado a observar.

En este supuesto, debe quedar absolutamente claro que el balance no implica en ningún sentido vulnerar las garantías de los administrados que se encuentren en medio de procedimientos administrativos sancionadores, sino velar en todo momento por un debido procedimiento y la legalidad de las sanciones impuestas.

## **2.2. El rol del Tribunal de Fiscalización Ambiental y el equilibrio en la justicia ambiental**

Los tribunales administrativos<sup>14</sup> son, desde hace mucho, reconocidos como adecuados órganos de alzada para asegurar el debido procedimiento y la legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad.

Tal confianza radica entre otros motivos, en su propia naturaleza como órganos colegiados<sup>15</sup> cuyo conjunto de integrantes vía concurso de sus voluntades y sin relaciones de jerarquía, adoptan en concordancia con la mayoría un criterio y/o una decisión.

En ese sentido, la doctrina<sup>16</sup> coincide en que un proceso de formación de la voluntad de varias etapas (convocatoria, confirmación de quórum, deliberación y decisión final o resolución) asegura una discusión y valoración reflexiva desde distintos puntos de vista, lo que genera un mayor nivel de legitimidad de sus pronunciamientos y aumenta el nivel de seguridad de los administrados, en cuanto a la tutela de las garantías a que tienen derecho.

---

14 El capítulo 18 del Tratado de Libre Comercio suscrito por el Perú con los Estados Unidos, que incluye pactos sobre medio ambiente, reconoce la necesidad de contar con instancias administrativas que garanticen procesos justos, equitativos y transparentes, así como garantizar la tramitación de un debido procedimiento. Asimismo, la necesidad de contar con tribunales administrativos revisores imparciales e independientes.

15 En el ordenamiento jurídico peruano, el régimen de órganos colegiados se encuentra contemplado en el Subcapítulo V del Capítulo II de la Ley N° 27444.

16 La creación de estos organismos en la Administración Pública tiende a reforzar el consenso para la toma de decisiones, de modo que para adoptar decisiones no solo se soporta en el criterio de una sola autoridad (órganos unipersonales) sino en uno colectivo, que se reputa más participativo, democrático y atemperador de los inconvenientes que suelen acompañar los procedimientos en manos de instancias unipersonales. Para una mayor aproximación del tema revisar: MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, pp. 363-370.



El rol del Tribunal de Fiscalización Ambiental, por tanto, es garantizar la legalidad de los procedimientos administrativos sancionadores y de otras decisiones de las primeras instancias del OEFA con las que los administrados no estén de acuerdo. Sus decisiones contribuyen (y constituyen en esencia) a la administración de justicia administrativa ambiental y llevan implícito el respaldo de la paz social y al Estado de derecho.

Cumplir con este rol de manera cabal pasa por observar estrictamente los principios generales<sup>17</sup> que limitan dicha potestad, previstos en la Ley N° 27444<sup>18</sup>. Así, aún en los casos más polémicos, el TFA concentrará sus esfuerzos en decidir de la manera más justa, racional y proporcional, buscando un sano equilibrio entre la necesidad de asegurar la eficacia de las normas ambientales y las garantías de los administrados.

También como expresión de equilibrio público, el TFA, al materializar sus funciones ya sea confirmando, *revocando o anulando de oficio* las decisiones en torno a los incumplimientos ambientales puestos en su conocimiento, altera los efectos de las decisiones emitidas sobre los administrados; por lo tanto, no solo actúa como una garantía para los administrados, sino para la propia Administración. Vale decir, al mismo tiempo que protege el derecho a un debido procedimiento respecto de los administrados, también otorga a la administración la oportunidad de (en segunda instancia administrativa) revertir o modificar sus propias decisiones, y corregir sus errores o excesos, en defensa del interés público.

En ese sentido, cuando a través del control de la Administración se protege la legalidad administrativa, se resguarda ulteriormente el interés público, encarnado en los derechos individuales y en los derechos que la Administración Pública cautela. Este interés público se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil<sup>19</sup>.

---

17 Legalidad, Debido Procedimiento, Razonabilidad, Tipicidad, Irretroactividad, Concurso de Infracciones, Continuación de infracciones, Causalidad, Presunción de licitud, Non bis in idem.

18 El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00156-2012-PHC/TC del 8 de agosto de 2012, exhortando a la administración pública a respetar los principios de legalidad y tipicidad, así como los derechos a la comunicación previa y detallada de la acusación, defensa, presunción de inocencia, a ser juzgado por un órgano independiente e imparcial, a ser juzgado en plazo razonable, el principio del *non bis in idem*, entre otros.

19 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC.

En tal escenario, y considerando el rol que cumple el TFA para la efectividad de la política ambiental peruana, dicho colegiado deberá, dentro de los márgenes legales, y cuando sea necesario, apartarse de la literalidad de la norma y decidir interpretando el sistema normativo de la manera más razonable y proporcional, incluyendo criterios de justicia. En esa medida, presentaremos a continuación dos ejemplos plausibles.

### **III. CRITERIOS DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL EN APLICACIÓN DE UNA JUSTICIA AMBIENTAL EQUILIBRADA**

#### **3.1. El caso del doble silencio positivo en materia ambiental**

El silencio administrativo es un mecanismo para proteger los intereses de las personas frente a la desidia de la Administración Pública, que no resuelve las solicitudes planteadas en los plazos previstos. En ese sentido, el silencio administrativo es, básicamente, una respuesta. Si es negativo, la respuesta desestima la solicitud; si es positivo, la acepta.

El silencio administrativo se aplica en los procedimientos administrativos sancionadores, con base en el Numeral 188.6 del Artículo 188º de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), el cual ha previsto que, cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo en una instancia, en las siguientes será de aplicación el silencio administrativo positivo. La idea que subyace a esta regla es que los ciudadanos no se perjudiquen con sanciones derivadas de la falta de pronunciamiento de la administración pública.

Sin embargo, surge el espacio para la interpretación a propósito de emplear esa regla cuando, ante una evidente acción de contaminación, un administrado pueda librarse de sanción debido a que su recurso de reconsideración no ha sido resuelto dentro del plazo legal, y habiendo optado por aplicar el silencio negativo e interpuesto un recurso de apelación, el plazo de respuesta también haya vencido, y por tanto, pretenda aplicar el silencio administrativo positivo. Quien no es abogado se preguntará si la desidia de la Administración Pública puede justificar que se atente contra intereses colectivos, como la salud, la educación o el medio ambiente. En términos jurídicos, esta preocupación se traduce en la pregunta sobre si realmente se configura el silencio positivo en situaciones como la descrita en el ejemplo, aplicando la regla del denominado “doble silencio administrativo” del Numeral 188.6 del Artículo 188º de la LPAG.

Este apartado explica cómo el TFA analizó la materia y determinó cuándo no debería configurarse el supuesto del Numeral 188.6 del Artículo 188º de la LPAG, para lo cual consideró las disposiciones de la Ley N° 29060 - Ley del Silencio Administrativo y la propia Constitución Política.

Como punto de partida, y considerando la clásica distinción entre disposición (conjunto de enunciados lingüísticos) y norma (sentido interpretativo que se desprende de la disposición)<sup>20</sup>, se estableció que el Numeral 188.6 del Artículo 188º de la LPAG puede contener varias normas o sentidos interpretativos. En ese caso, se debería preferir aquel que sea conforme con el resto del ordenamiento jurídico y ayude a resolver problemas prácticos.

En el primer sentido interpretativo del Numeral 188.6 del Artículo 188º de la LPAG, el silencio positivo se configura en todos los procedimientos administrativos sancionadores, sin considerar la materia sobre la cual versa. Por consiguiente, el TFA solo hubiese tenido que verificar que el administrado haya optado, en primera instancia, por aplicar el silencio negativo, para aplicar en la siguiente el silencio positivo.

Sin embargo, el TFA ha decidido apartarse de esta interpretación restrictiva del Numeral 188.6 del Artículo 188º de la LPAG, puesto que, si bien sigue la lógica de aplicar como regla general el silencio positivo, ello no toma en cuenta la disposición contenida en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley del Silencio Administrativo, la cual establece que “[e]xceptionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación” (la cursiva es nuestra).

---

20 Esta distinción es utilizada por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 02132-2008-PA/TC al señalar lo siguiente: “Previamente, debe aclararse que si bien es frecuente que el control judicial difuso de constitucionalidad de las leyes es utilizado respecto del control de una disposición que a su vez contiene un único sentido interpretativo o norma, se pueden presentar casos como el presente, en el que una misma disposición (artículo 2001º, inciso 4 del Código Civil), puede contener varias normas (sentidos interpretativos con alcance normativo). Con ello, se alude a la distinción entre disposición (conjunto de enunciados lingüísticos) y norma (sentido interpretativo que se desprende de la disposición). Por tanto, si una de estas normas que se desprende del artículo 2001º inciso 4) del Código Civil ha sido aplicada por un determinado órgano jurisdiccional, entonces, al ser relevante para la solución del caso, cabe efectuar el control difuso de tal norma (prescribe a los 2 años la acción que proviene de aquella pensión alimenticia a favor de menores de edad fijada en una sentencia)”.

Como se aprecia, la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley del Silencio Administrativo establece un listado de materias en las que el interés público puede verse afectado significativamente si se sigue la regla del silencio positivo. Esas materias son la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación.

En estos casos, “(...) *el interés público que subyace dichas materias justifica apartarse de la regla del silencio positivo, que implicaría privilegiar el interés individual, para aplicar el silencio negativo y evitar que la desidia de la administración pública afecte las materias que la sociedad, a través del Congreso de la República, califica como de interés público*”<sup>21</sup> (la cursiva es nuestra).

Admitir la aplicación del silencio positivo en materias en las que la sociedad tiene un particular interés, como la protección de la salud pública, el medio ambiente o los recursos naturales, sería contrario al deber de tutela que la propia Constitución Política ha confiado al Estado en esas materias.

La lectura del Tribunal de Fiscalización Ambiental de las disposiciones citadas armoniza, incluso, con la posición del propio legislador que elaboró el Decreto Legislativo N° 1029, norma que modificó la LPAG incluyendo el Numeral 188.6 del Artículo 188° de la LPAG y precisó los alcances del silencio negativo en procedimientos recursivos, pues en la exposición de motivos ya se señalaba que “(...) *los recursos administrativos que se derivan de los procedimientos a que se refiere la citada disposición [Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley del Silencio Administrativo] se encontrarán sujetos al silencio negativo, debido a la naturaleza especial de estos procedimientos*” (la cursiva es nuestra).

Por consiguiente, podemos concluir que el sentido interpretativo válido del Numeral 188.6 del Artículo 188° de la LPAG, interpretado en concordancia con la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley del Silencio Administrativo y la Constitución Política, debería ser la siguiente: En los procedimientos administrativos sancionadores se aplica el silencio administrativo positivo en segunda instancia, salvo en aquellos casos donde se afecte significativamente el interés público, repercutiendo, en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero

---

21 SOTO, Ernesto. “La aplicación del silencio administrativo en procedimientos sancionadores”. *Prometheo, portal de noticias*. Lima, 3 de octubre del 2013. Consulta: 3 de octubre del 2013.

<<http://www.prometheo.cda.org.pe/articulo.php?id=93>>

y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación.

Una interpretación diferente podría ser válida, pero poco útil para resolver problemas como el planteado inicialmente. Una interpretación distinta no sería razonable o justa con el deber de justicia ambiental equilibrada. En efecto, como las normas son generales y abstractas, no pueden prever todos los problemas reales que suceden durante su vigencia, en tanto no se previó que, por ejemplo, la aplicación del doble silencio administrativo en materia ambiental pudiera beneficiar, por ejemplo, a los mineros informales e ilegales o a aquellos que aún contaminando utilizan el sistema a su favor.

Por eso, la interpretación legal debe privilegiar reglas prácticas que resuelvan problemas concretos. En este caso, dado que la regla propuesta responde al contexto en el que se afectan bienes colectivos, como el medio ambiente, resulta más costoso para la sociedad prever la regla del silencio positivo y asumir el costo del daño ambiental producido que prever la regla del silencio negativo y trasladar esos costos a la persona que produjo el daño. Finalmente, la aplicación del silencio negativo solo activará la competencia de los tribunales judiciales, ya que el infractor podrá impugnar las sanciones que no considera “justas”.

En esa medida, cabe citar, a modo de conclusión, lo señalado por el TFA en la Resolución N° 002-2014-OEFA/TFA del 28 de enero del 2014.

En tal sentido, este Tribunal considera que la disposición contenida en el numeral 188.6 del artículo 188 de la LPAG no puede interpretarse aislada del resto del ordenamiento jurídico, sino de manera sistemática, esto es, que se “deduzca el significado de una disposición de su colocación en el sistema del derecho (...), es decir en el conjunto de disposiciones que disciplinan una determinada materia o una determinada institución”<sup>22</sup>, conjunto representado en este caso por la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley del Silencio Administrativo y por las normas de la Constitución Política que garantizan la protección del medio ambiente.

### **3.2. El caso de la naturaleza instantánea de la infracción por exceso de límites máximos permisibles**

De acuerdo a información del TFA, durante el 2013, aproximadamente el 30% de las apelaciones resueltas en esa instancia se vincularon a la infracción am-

---

<sup>22</sup> GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México DF: Editorial Porrúa, 2000, pp. 43-44.

biental por incumplimiento a los límites máximos permisibles (LMP) en los efluentes líquidos, producto de la actividad económica de los administrados.

Los elementos que configuran esta infracción incluyen una supervisión de campo en la que se toman muestras del efluente en un determinado punto de monitoreo y la valoración del informe de ensayo realizado por un laboratorio certificado ante Indecopi, que analiza las citadas muestras respecto de unos parámetros máximos establecidos por la legislación nacional.

La lógica elemental detrás de la configuración de la infracción nos dice que, si las muestras evaluadas exceden los LMP establecidos en las normas sectoriales, entonces el administrado es responsable por tal hecho y le corresponde ser sancionado de acuerdo a la tipificación establecida para su sector (energía<sup>23</sup>, minería<sup>24</sup> o producción<sup>25</sup>)<sup>26</sup>.

Ahora bien, lo cotidiano o común de estas infracciones ha ocasionado que sean detectadas y sancionadas con mayor frecuencia por el OEFA, y, como es natural, se ha generado respecto a ellas una cantidad considerable de materias controvertidas, y son fuente para el desarrollo de criterios por parte de la autoridad administrativa.

En el presente apartado se analizará si por su naturaleza y efectos, y bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad: (i) tal infracción debería considerarse una infracción de naturaleza continuada o si se trata de una infracción instantánea; y (ii) si al ser instantánea debería calificarse cada una de las muestras en cada uno de los turnos de supervisión como infracciones distintas o una infracción general por cada supervisión.

---

23 Resolución de Consejo Directivo Osinermin N° 028-2003-OS/CD (electricidad), Resolución de Consejo Directivo Osinermin N° 358-2008-OS/CD (hidrocarburos) y Resolución de Consejo Directivo Osinermin N° 262-2010-OS/CD (gas natural).

24 Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM.

25 Texto Único Ordenado del Reglamento de Inspecciones y Sanciones Pesqueras y Acuícolas - Rispac, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM.

26 Respecto a la referida tipificación, y para garantizar una mayor predictibilidad, el OEFA ha aprobado para los casos futuros una tipificación única, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD de fecha 12 de noviembre del 2013. Esta norma pretende uniformizar las conductas actualmente proscritas y graduar de manera proporcional la inconducta administrativa.

- (i) Si el exceso de los LMP configura una infracción continuada o una infracción instantánea

Los efectos de tal decisión son importantes para los administrados en la medida que, si perteneciera al segundo grupo, las descargas de efluentes que exceden LMP al ambiente configurarían una distinta infracción por cada detección o supervisión, y si, en cambio, se optara por calificarlo como continuada, la misma y muchas descargas podrían configurarse como una única infracción que permanece en el tiempo, independientemente de cuántas veces sea detectada en un periodo de 30 días.

Es decir, por ejemplo, en el supuesto que un administrado reciba dos supervisiones en menos de 30 días hábiles y se detecta en ambas oportunidades exceso de LMP en los mismos puntos de monitoreo, se podría plantear si ambos hechos constituyen dos infracciones distintas o se tratan de una misma actividad continuada en el tiempo y por tanto que configuran una única infracción.

La respuesta a esta cuestión gira en torno a la aplicación del principio de continuación de infracciones, previsto en el Numeral 7 del Artículo 230<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 27444, conforme al cual, para imponer sanciones por *infracciones en las que el administrado incurra en forma continua*, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles<sup>27</sup> desde la fecha de la imposición de la última sanción firme y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

En tal sentido, la ruta crítica es determinar si el exceso de LMP debe ser considerado una infracción continuada y, bajo tal supuesto, aplicar la norma citada anteriormente.

De acuerdo a la norma y de manera unánime en la doctrina, la infracción es continuada si la acción que configura la situación antijurídica se conti-

---

<sup>27</sup> El citado plazo de 30 días, para el caso de minería, se ha establecido también en el Artículo 7<sup>o</sup> de la Resolución de Consejo Directivo N<sup>o</sup> 233-2009-OS/CD que establece lo siguiente: "Si los hechos u omisiones que hubiesen motivado la imposición de una sanción persisten luego de los treinta (30) días hábiles posteriores de haber quedado firme o consentida la resolución que la atribuyó y pese al requerimiento efectuado al administrado para que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo, el órgano competente de Osinergmin podrá imponer una nueva sanción por la misma infracción, salvo los supuestos de excepción establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General".



núa cometiendo por un determinado periodo, de manera que la lesión al bien jurídico protegido también persiste en el tiempo<sup>28</sup>. Por el contrario, la infracción es instantánea cuando la acción que lesiona el bien jurídico protegido se limita a su realización y no persiste en el tiempo.

Así, por ejemplo, el Artículo 4º de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM que aprueba los límites máximos permisibles para efluentes líquidos para las actividades minero-metalúrgicas, cuyo incumplimiento constituye infracción sancionable, establece como obligación que los resultados obtenidos para cada parámetro regulado no excedan *en ninguna oportunidad* los límites máximos de emisión referidos al “valor en cualquier momento”<sup>29</sup>.

Asimismo, según el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del Sub Sector Minería<sup>30</sup>, las muestras tomadas *son puntuales* configurándose la infracción una vez detectado el exceso de los LMP en un determinado efluente y evento, de modo que en estos casos “la infracción se consume en el momento en que se produce el resultado, sin que este determine la creación una situación antijurídica duradera”<sup>31</sup>.

De acuerdo con estas disposiciones, el exceso de los LMP se limita al momento en el cual se verifica que los parámetros regulados excedieron los valores establecidos y no configura una situación antijurídica prolongada en el tiempo, como sería el caso de no contar con instrumento de gestión

28 ZEGARRA, Diego. “La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley N° 27444”. *Revista de derecho administrativo*, año 5, N° 9, 2010, p. 212, Lima.

29 Cabe resaltar que, de acuerdo con la definición contenida en el Numeral 3.4 del Artículo 3º del Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM, el valor en cualquier momento “representa el valor del parámetro que no debe ser excedido en ningún momento”, pues el exceso causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente.

30 Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del Sub Sector Minería. Ministerio de Energía y Minas.  
4.3 Tipo de muestras  
(...)  
Muestras tomadas al azar (puntuales) El tipo de muestra más común para el monitoreo regular de las aguas superficiales en la mina es una muestra ‘tomada al azar o puntual’. La muestra se colecta en determinado momento y lugar en el recorrido del flujo de agua (...).

31 DE PALMA, Ángeles. “Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 112, 2011, p. 553, Madrid.



ambiental, en el que la acción ilícita se extiende por todo el periodo en el cual se carece del instrumento ambiental<sup>32</sup>.

De ahí que el Tribunal de Fiscalización Ambiental haya venido sosteniendo, de manera consistente<sup>33</sup>, que el incumplimiento de los límites máximos constituye un supuesto de infracción instantánea, toda vez que la acción se configura en un lugar en concreto y en un momento determinado, perfectamente identificable en el tiempo<sup>34</sup>.

- (ii) Si, establecido el exceso de LMP como una infracción instantánea, debería calificarse cada una de las muestras en cada uno de los turnos de supervisión como infracciones distintas o una infracción por cada supervisión.

La determinación del incumplimiento de los LMP como un supuesto de infracción instantánea puede llevar al inicio de procedimientos sancionadores y la imposición de sanciones por *cada* parámetro y por *cada* muestra de cada turno de *cada* una de las supervisiones; puesto que, como se ha señalado, la acción de exceder los LMP se limita al momento en el cual se verifica que los parámetros regulados sobrepasan los valores máximos establecidos.

---

32 El TFA estableció en la Resolución N° 168-2013-OEFA/TFA que no contar con instrumentos de gestión ambiental es una acción continuada “por cuanto el no cumplimiento de los mismos por parte de la infractora ha producido una situación antijurídica duradera en el tiempo que configura las infracciones administrativas”.

33 En la Resolución N° 091-2013-OEFA/TFA, el Tribunal señaló lo siguiente:  
11. Las infracciones 12 al 18 del cuadro detalle del considerando 2 de la presente Resolución referidas al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles detectados en la Supervisión Regular 2008, *tienen naturaleza jurídica de infracciones instantáneas*.  
(...)

44. En este sentido, bastará con acreditar que la recurrente ha excedido los valores establecidos en la columna “Valor en cualquier momento” para determinar la comisión de la infracción, por lo que de acuerdo a lo señalado en el considerando 33 de la presente Resolución, *nos encontraremos ante una infracción instantánea*”.

45. Por lo tanto, la fecha de la comisión de dicha infracción marca el inicio del cómputo del plazo de la prescripción, pues el hecho infractor se consuma en ese acto y momento, *siendo de carácter instantáneo* (la cursiva es nuestra).

34 En el presente caso, la infracción imputada se consumó el 3 de diciembre del 2012.

Esta situación, si bien es consecuencia de la naturaleza de la infracción, debe ser evaluada conforme al principio de razonabilidad<sup>35</sup> para no quebrar el equilibrio que debe existir entre la infracción cometida y la sanción impuesta, pues esta siempre debe responder “a lo *estrictamente necesario* para la satisfacción de su cometido”<sup>36</sup>. Este escenario constituye una nueva oportunidad para que el TFA resuelva con criterios de equilibrio en la justicia ambiental.

A propósito de ello, el TFA deberá considerar que la razonabilidad es un *principio jurídico* del derecho público, plasmado tanto en la Constitución como en la Ley N° 27444, y que, debido a esa particular condición, requiere el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas<sup>37</sup>.

Precisamente, reconociendo su inspiración en el principio de razonabilidad, el OEFA ha aprobado la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, vigente desde el 14 de noviembre del 2013, que tipifica las infracciones y establece la escala de sanciones relacionadas con el incumplimiento de los LMP previstos para actividades económicas bajo el ámbito de competencia del OEFA, con la finalidad de garantizar la aplicación efectiva de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

35 Los principios cumplen cuatro (4) funciones: (i) informativa del ordenamiento jurídico, (ii) interpretativa, pues precisa el significado de las normas, (iii) normativa, pues representan parámetros para generar otros dispositivos normativos; e, (iv) integradora, ya que actúa como derecho supletorio en caso de vacío normativo. Ver: DANÓS, Jorge. “Las particularidades de la enseñanza del derecho administrativo”. En *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. México DF, 2009, p. 100.

36 La sanción tiene como finalidad castigar la comisión de infracciones y desincentivar la comisión de nuevas infracciones; sin embargo, debe ser aplicada de acuerdo al principio de razonabilidad recogido en el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que establece lo siguiente:

Ley N° 27444

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan.

37 De acuerdo con Alexy, “los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización (...)”. ALEXY, Robert. “Tres escritos de los derechos fundamentales”. En *Teoría de los derechos fundamentales*. (NACH-DR. 1997, 2001). Nueva traducción al español de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 95.

La Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD incorpora como criterio vinculado a la determinación de infracciones por incumplimiento de los LMP que: “El número de parámetros que exceden los Límites Máximos Permisibles y la cantidad de puntos de control en los que ocurra dicha excedencia no constituyen nuevos tipos infractores, sino factores agravantes”<sup>38</sup>. La exposición de motivos de esta norma explica en los siguientes términos cómo opera la regla descrita:

“En este sentido, puede darse el caso de que la autoridad administrativa verifique que un administrado ha excedido el límite máximo permisible en tres puntos de control. En el primero, haya excedido en 10% el límite máximo permisible establecido para plomo. En el segundo, haya excedido en 25% el límite máximo permisible previsto para hierro. En el tercero, haya excedido en 50% el límite máximo permisible contemplado para plomo. En este supuesto, solo se imputará la comisión de una infracción. Para tal efecto, se considerará la infracción más grave, que en este caso sería aquella que representa el mayor porcentaje de excedencia del parámetro que involucra un mayor riesgo ambiental (exceder en 50% el límite máximo permisible previsto para plomo). *El número de parámetros excedidos y la cantidad de puntos de control en los que verifica dicha excedencia serían considerados como factores agravantes de la posible sanción a imponer*”<sup>39</sup> (la cursiva es nuestra).

Entonces, el TFA podría considerar válidamente que la referida regla de la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD complementa el criterio desarrollado, en el sentido de que el incumplimiento de los LMP, en un determinado parámetro, y detectado durante una supervisión, configura una infracción instantánea. Sin embargo, el incumplimiento de los demás parámetros, la cantidad de puntos de control y los distintos turnos en que se realizan la toma de muestras durante la misma supervisión en la que se verifiquen nuevos excesos no necesariamente configuran una infracción distinta cada vez.

De esta manera, al amparo del principio de razonabilidad y equilibrio en la administración de justicia ambiental, cabe articular el criterio desarrollado por la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, respecto a la imputación de infracciones por incumplimiento de los límites máximos permisible

---

38 Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD.

Nota 4:

El número de parámetros que exceden los Límites Máximos Permisibles y la cantidad de puntos de control en los que ocurra dicha excedencia no constituyen nuevos tipos infractores, sino factores agravantes.

39 Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD.

establecidos en la legislación ambiental, con el criterio establecido por el TFA respecto a la naturaleza de la infracción por incumplimiento de LMP.

Asimismo, queda claro que el TFA puede considerar necesario establecer que las infracciones relativas al incumplimiento de los LMP, detectadas en un procedimiento de supervisión, son diferentes de las infracciones por incumplimientos de los LMP detectados en otra supervisión<sup>40</sup>. Por consiguiente, diferentes supervisiones originan, de ser el caso, diferentes procedimientos sancionadores, situación que en ningún caso implica una vulneración del principio de continuidad de infracciones.

#### IV. CONCLUSIONES

La justicia ambiental busca mantener un delicado equilibrio entre el poder del Estado para sancionar el incumplimiento de la normativa ambiental y, a la vez, garantizar la vigencia de los derechos de los administrados. Dos casos resueltos por el TFA demuestran el ejercicio equilibrado de la justicia ambiental en el Perú, tutelando cuando corresponde el derecho de los administrados y, en otros casos, el interés público.

El primero de dichos casos está referido a la calificación como infracción instantánea del exceso de los LMP que podría conducir a imponer tantas sanciones como excesos de parámetros evaluados se identifiquen. Sin embargo, entendiéndose que dicha situación puede resultar desproporcional e irrazonable, la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD precisa ahora que el incumplimiento de los parámetros y puntos de control donde se verifiquen excesos de LMP no configuran nuevas infracciones, sino agravantes de la única infracción por exceder los LMP, privilegiando el derecho de los administrados.

Por otro lado, el TFA ha interpretado los alcances de la regla del doble silencio administrativo en procedimientos sancionadores señalando que cuando se trata de materia ambiental no cabe aplicar el silencio administrativo positivo en ninguna de las etapas del procedimiento recursivo, pues la Constitución Política tutela el ambiente. Como se aprecia, en este caso, a diferencia del anterior, se privilegia el interés público y las potestades del Estado.

---

40 Las supervisiones comprenden el total de días que dura el procedimiento de supervisión.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert

2007 “Tres escritos de los derechos fundamentales”. En BERNAL, Carlos (traductor). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BITAR, Sergio

2014 *Las tendencias mundiales y el futuro de América Latina*. Primera edición. Santiago de Chile: Naciones Unidas. Consulta: 10 de febrero del 2014. <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/51954/LasTendenciasMundialesyFuturo.pdf>>

DANÓS, Jorge

2009 “Las particularidades de la enseñanza del derecho administrativo”. En STEINER, Christian. *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. México DF: Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 89-122. <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_17833-1522-4-30.pdf?091014012049](http://www.kas.de/wf/doc/kas_17833-1522-4-30.pdf?091014012049)>

DE PALMA, Ángeles

2011 “Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, N° 112, p. 553.

GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS

2012 “El fortalecimiento de la fiscalización ambiental”. En GÓMEZ, Hugo (compilador). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Primera edición. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pp. 13-35.

GUASTINI, Riccardo

2000 *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México DF: Editorial Porrúa.

MINISTERIO DEL AMBIENTE

2012 *Ejes estratégicos de la gestión ambiental. Informe de la Comisión Multisectorial creada por resolución suprema N° 189-2012-PCM*. Lima.

2014 *Política nacional del ambiente*. Segunda reimpresión. Lima: Ministerio del Ambiente. Consulta: 20 de febrero del 2014. <<http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/08/Pol%C3%ADtica-Nacional-del-Ambiente.pdf>>

MORÓN, Juan Carlos

2008 *Comentarios nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

NACIONES UNIDAS

s/a *Framework convention on climate change calendar*. Consulta: 10 de febrero del 2014.

<<http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/08/Pol%C3%ADtica-Nacional-del-Ambiente.pdf>>

SALAMON, Lester

2002 "The new governance and the tool of public action: An introduction". En SALAMON, Lester (editor). *A guide to the new governance*. Nueva York: Oxford University Press.

SOTO, Ernesto

2013 "La aplicación del silencio administrativo en procedimientos sancionadores". *Prometheo, portal de noticias*. Consulta: 3 de octubre del 2013.

<<http://www.prometheo.cda.org.pe/articulo.php?id=93>>

## CRITERIOS PARA EVALUAR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL

ERNESTO SOTO CHÁVEZ

### SUMARIO

*En el presente artículo, el autor explica los criterios desarrollados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA para evaluar el incumplimiento de las obligaciones ambientales contenidas en los instrumentos de gestión ambiental. El artículo destaca el concepto de mejora ambiental como una expresión de la fiscalización ambiental ejercida con criterios de razonabilidad, discerniendo entre las conductas que afectan el ambiente, que deben ser proscritas y sancionadas, de aquellas que protegen el ambiente y que, como tales, deben ser incentivadas.*

I. Introducción. II. Instrumentos de gestión ambiental y estudio de impacto ambiental. III. Criterios para evaluar el incumplimiento de los estudios de impacto ambiental. IV. Sobre el concepto de mejora en el derecho ambiental. V. Elementos que configuran el concepto de mejora ambiental. VI. El concepto de mejora en la ejecución de proyectos de inversión. VII. El concepto de mejora en la fiscalización ambiental. VIII. Propuesta de análisis para evaluar las mejoras ambientales. IX. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

El arconte era la máxima autoridad ateniense encargada de legislar y ejercer justicia. Sin duda, Dracón de Tesalia (siglo VII a. C.) y Solón (siglo VI a. C.) son los dos arcontes más recordados, porque representan dos visiones distintas sobre la forma de ejercer justicia.

A Dracón se le atribuye la elaboración del primer código de Atenas, el cual es famoso por incorporar penas como la esclavitud por deudas y porque sancionaba las infracciones, incluso las menores, con la muerte. De ahí viene la cos-

tumbre de calificar de draconiano la severidad excesiva, aquella que degenera el sentido de la justicia reduciéndola a su forma básica: la venganza.

Sin embargo, incluso dentro de la severidad draconiana, existía espacio para medidas razonables, como prohibir la famosa venganza de sangre y sustituir la pena de muerte del homicidio involuntario por la pena del destierro. Dracón era severo, sin ninguna duda, pero podía ser razonable.

Solón fue arconte de Atenas algunos años después y legisló con buen criterio: eliminó la esclavitud por deudas, redujo las penas, fortaleció la relación de los ciudadanos con el Estado y derogó el código draconiano, aunque manteniendo sus drásticas leyes sobre el homicidio, lo que demuestra que también podía ser severo.

Dracón y Solón murieron hace mucho tiempo, pero sus diferentes formas de aproximarse a la justicia aún inspiran la labor de los tribunales judiciales o administrativos de cualquier época y lugar. Un buen ejemplo de ello es la justicia ambiental del Perú que, a veces, se inspiró en Dracón y, otras, en Solón.

Efectivamente, cabe preguntarse ¿en qué criterio de justicia se inspirará sancionar a una persona que “incumple” su compromiso inicial para esforzarse más allá de lo previsto?, ¿cuál es la explicación para castigar a quien da más de aquello que promete? Me explico.

Toda actividad económica que genera impactos ambientales negativos debe contar con un estudio de impacto ambiental, el cual es, básicamente, una evaluación que estima el alcance de los impactos y las medidas que la empresa se compromete a realizar para evitarlos o reducirlos. El incumplimiento de estos compromisos se sanciona con multas altas.

Años atrás, cuando la fiscalización ambiental estaba desconcentrada en varias instituciones públicas, no resultaba extraño que las empresas se comprometieran, mediante sus instrumentos de gestión ambiental, a realizar determinadas acciones para proteger el ambiente, y terminaran realizando acciones diferentes, las cuales, sin embargo, eran mucho mejores en términos ambientales, pues reducían el impacto ambiental negativo previsto.

Pese a ello, la autoridad competente sancionaba a la empresa luego de verificar que el compromiso asumido por ella no había sido ejecutado en los términos aprobados, sin siquiera considerar que la medida implementada no generaba perjuicios, sino beneficios al ambiente.



Como resultaba previsible, esta forma de ejercer la justicia ambiental eliminaba toda posibilidad de incorporar comportamientos voluntarios y eficientes en la gesti3n del ambiente. Adem1s, propugnaba un pobre valor 3tico: “Las mejoras no est1n permitidas”, mensaje severo incluso para alguien inspirado en Drac3n, quien tambi3n pod3a ser razonable.

En cambio, desde que la fiscalizaci3n ambiental se concentr3 en una sola instituci3n p1blica, el Organismo de Evaluaci3n y Fiscalizaci3n Ambiental (OEFA), la visi3n sobre c3mo ejercer la justicia ambiental comenz3 a presentar importante cambios. Ahora, existen disposiciones legales<sup>1</sup> que permiten que la autoridad no imponga sanciones si verifica que la actividad desarrollada, si bien no corresponde estrictamente a lo aprobado en el instrumento de gesti3n ambiental, constituye una manifiesta mejora que favorece la protecci3n del ambiente.

Los motivos por los cuales una empresa mejora sus compromisos iniciales, seguramente, obedecen al beneficio propio –el cambio de nuevas tecnolog3as, el ahorro de costos a largo plazo, etc3tera–, pero la responsabilidad ambiental tampoco se mantiene est1tica y si la mejora de la actividad conlleva mejoras ambientales, la respuesta de la autoridad debe ser sol3nica.

En cambio, la respuesta al encubrimiento de reales infracciones por supuestas mejoras s3 debe ser draconiana, pues ello no solo constituye una infracci3n, sino, inclusive, un delito. Entonces, el mensaje est1 claro: se aceptan, exclusivamente, las mejoras ambientales.

Este ejercicio razonable de la justicia ambiental elimina, como hizo Sol3n con la mayor3a de las leyes draconianas, la posibilidad de castigar con la misma severidad las conductas que perjudican y benefician al ambiente, al mismo tiempo que incentiva a las empresas a realizar aut3nticos esfuerzos para incrementar su eficiencia ambiental.

Teniendo presente este criterio, en adelante, la evaluaci3n del incumplimiento de los instrumentos de gesti3n ambiental y, en general, de la legislaci3n ambiental debe ser sol3nica, es decir, razonable. En ese sentido, se deben analizar los objetivos de la gesti3n ambiental antes que sus formas y discernir entre las

---

1 La referencia es al Decreto Supremo N3 043-2013-PCM, que aprueba el Reglamento de Organizaci3n y Funciones del Instituto Nacional de Defensa Civil (Indeci), publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de abril del 2013; y a la Resoluci3n de Consejo Directivo N3 049-2013-OEFA/CD, que tipifica infracciones administrativas y establece escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gesti3n Ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de diciembre del 2013, las que ser1n analizadas en este trabajo.

conductas que afectan el ambiente, que deben ser proscritas y sancionadas, de aquellas que protegen el ambiente y deben ser incentivadas.

La justicia ambiental no puede ser más draconiana que Dracón, ni menos sabia que Solón, pero puede ser ejercida de manera razonable, incentivando las conductas beneficiosas y sancionando las conductas perjudiciales.

## II. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL Y ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL

Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos diseñados, normados y aplicados para hacer efectiva la política nacional del ambiente. En términos jurídicos, representan un conjunto de obligaciones, incentivos y responsabilidades que garantizan la vigencia del derecho constitucional a gozar de un ambiente adecuado<sup>2</sup>.

Los instrumentos de gestión ambiental pueden ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación y fiscalización. En esa línea, son ejemplos de instrumentos de gestión ambiental: la evaluación del impacto ambiental y los programas de adecuación y manejo ambiental, también llamados instrumentos de licencia<sup>3</sup>, los cuales operan en dos formas complementarias: preventiva y correctiva, respectivamente<sup>4</sup>.

Los instrumentos de gestión ambiental preventivos aplican a los nuevos planes, proyectos o actividades que las personas desean realizar, y en ellos se

---

2 LANEGRA, Iván. "Haciendo funcionar el derecho ambiental: Elección y diseño de los instrumentos de gestión ambiental". *Revista de Derecho Administrativo*, Año 3, N° 6, 2008, p. 139, Lima.

3 Otros ejemplos de instrumentos de gestión ambiental son los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; los planes de cierre; los planes de contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos de la política nacional del ambiente.

4 CONESA, Vicente. *Guía metodológica para la evaluación del impacto ambiental*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 2009, p. 56.

identifican aspectos ambientales y sus elementos de riesgo con el objetivo de eliminarlos, reducir su incidencia o, en algunos casos, aconsejar la realizaci3n de una acci3n diferente<sup>5</sup>. En cambio, los instrumentos de gesti3n ambiental correctivos se aplican para las actividades en funcionamiento o que se desarrollan en 1reas afectadas, en las cuales resulta necesario acciones correctivas, de adecuaci3n y restauraci3n del ambiente<sup>6</sup>.

En el caso peruano, el Art3culo 11<sup>o</sup> del Decreto Supremo N<sup>o</sup> 019-2009-MINAM - Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluaci3n de Impacto Ambiental<sup>7</sup> reconoci3 los siguientes instrumentos de gesti3n ambiental: (i) Declaraci3n de impacto ambiental; (ii) estudio de impacto ambiental semidetallado; (iii) estudio de impacto ambiental detallado; y (iv) evaluaci3n ambiental estrat3gica<sup>8</sup>.

La evaluaci3n ambiental es un *proceso* participativo, t3cnico-administrativo, destinado a prevenir, minimizar, corregir y/o mitigar e informar acerca de los potenciales impactos ambientales negativos que pudieran derivarse de las pol3ticas, planes, programas y proyectos de inversi3n; asimismo, permitir1 intensificar sus impactos positivos<sup>9</sup>. En su naturaleza, es un instrumento de gesti3n ambiental de tipo preventivo que busca proteger bienes jur3dicos como la vida, la salud de las personas, el ambiente, la propiedad, entre otros<sup>10</sup>.

5 MART3N, Ram3n. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Editorial Trivium S.A., 1991, p. 303.

6 CONESA, Vicente. Loc. cit.

7 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de setiembre del 2009.

8 Asimismo, el Decreto Supremo N<sup>o</sup> 019-2009-MINAM tambi3n recoge la figura de los instrumentos de gesti3n ambiental complementarios al sistema de evaluaci3n ambiental. En este grupo, se encuentran los instrumentos de gesti3n ambiental correctivos que, como se ha se1alado, aplican para actividades en curso al momento de emitirse la normativa ambiental sectorial.

9 El Art3culo 14<sup>o</sup> del Decreto Supremo N<sup>o</sup> 019-2009-MINAM ha se1alado con acierto que este "es un proceso de an1lisis sistem1tico, reproducible e interdisciplinario de los impactos potenciales, tanto de una acci3n propuesta como de sus alternativas en los atributos f3sicos, biol3gicos, culturales y socioecon3micos de un 1rea geogr1fica en particular". Ve1ase: ESPINOZA, Guillermo. *Fundamentos de evaluaci3n de impacto ambiental*. Santiago de Chile: Banco Interamericano de Finanzas (BID) y Centro de Estudios para el Desarrollo (CED), 2001.

10 ANDALUZ, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Cuarta edici3n. Lima: Editorial Grijley, 2013, p. 495.

El proceso de evaluación ambiental requiere un medio que recoja la información de las etapas por las cuales atraviesa la evaluación de un proyecto concreto. Dicho medio es el estudio de impacto ambiental que, como manifestación de la evaluación ambiental, puede ser concebido como proceso y producto.

En su dimensión como proceso, el estudio de impacto ambiental es la actividad que estima, sobre información previamente obtenida, los resultados reales y potenciales de la interacción esperada entre un proyecto con el ambiente, para luego proponer medidas, programas y, en general, compromisos que confinen los impactos ambientales dentro de límites aceptables.

En su dimensión como producto, el estudio de impacto ambiental es el documento, elaborado por profesionales de distintas áreas, que contiene el proceso de evaluación de impacto ambiental en sus distintas etapas y que describe el análisis, pronóstico y medidas que el titular de un proyecto debe adoptar para que sus acciones sean compatibles con la protección del ambiente. Esta dimensión del estudio de impacto ambiental ha sido recogida por la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente<sup>11</sup> en los siguientes términos:

Artículo 25.- De los Estudios de Impacto Ambiental

Los Estudios de Impacto Ambiental - EIA son instrumentos de gestión que *contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables* e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad. La ley de la materia señala los demás requisitos que deban contener los EIA (la cursiva es nuestra).

En la definición citada, resaltan claramente los componentes principales del estudio de impacto ambiental: *“la descripción de la actividad propuesta”, “los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente” y “las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables”*. Estos componentes forman un vínculo inescindible, en cuyos extremos se encuentran la *descripción* del proyecto y las *medidas* para evitar o reducir el daño a niveles tolerables, articulados por los *efectos* previsibles que la actividad genera en el ambiente. En esa unidad, cada componente juega un rol importante, pues la descripción prevé el dato de la realidad sobre el cual actuarán las medidas ambientales una vez que se producen los efectos (negativos) en el ambiente.

En efecto, en la primera etapa se describe la situación preexistente a la ejecución del proyecto, en virtud a lo cual se analizará la magnitud de los cambios o alteraciones que se producirán en el entorno como consecuencia de la ejecu-

---

11 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre del 2005.

ci3n del proyecto<sup>12</sup>. En la segunda etapa del estudio ambiental, se evalúan los impactos ambientales del proyecto sobre los componentes bi3ticos, abi3ticos, poblaci3n, patrimonio hist3rico artístco y el arqueol3gico<sup>13</sup>. Finalmente, se determinan las medidas, compromisos u obligaciones para reducir o eliminar los impactos ambientales negativos de la actividad<sup>14</sup>.

Asimismo, de la lectura del Numeral 10.1 del Artículo 10 de la Ley N<sup>o</sup> 27446 - Ley del Sistema Nacional de Evaluaci3n del Impacto Ambiental<sup>15</sup>, se observa el contenido mínimo que la legislaci3n ambiental peruana establece para los estudios de impacto ambiental:

Artículo 10.- Contenido de los Instrumentos de Gesti3n Ambiental

10.1 De conformidad con lo que establezca el Reglamento de la presente Ley y con los t3rminos de referencia que en cada caso se aprueben; *los estudios de impacto ambiental* y, seg3n corresponda, los dem3s instrumentos de gesti3n ambiental, deber3n contener:

- a) *Una descripci3n de la acci3n propuesta y los antecedentes de su 3rea de influencia;*
- b) *La identificaci3n y caracterizaci3n de las implicaciones y los impactos ambientales negativos*, seg3n corresponda, en todas las fases y durante todo el período de duraci3n del proyecto. Para tal efecto, se deber3 tener en cuenta el ciclo de vida del producto o actividad, así como el riesgo ambiental, en los casos aplicables y otros instrumentos de gesti3n ambiental conexos;
- c) *La estrategia de manejo ambiental* o la definici3n de metas ambientales incluyendo, seg3n el caso, el *plan de manejo*, el *plan de contingencias*, el *plan de compensaci3n* y el *plan de abandono* o cierre;
- d) El *plan* de participaci3n ciudadana de parte del mismo proponente;

12 CONESA, Vicente. Loc. cit., p. 218.

En esta etapa se trata de inventariar todos los factores en la caracterizaci3n del medio; por ejemplo, un estudio del medio físico, tanto abi3tico (aire, clima, agua y tierra) como bi3tico (flora y fauna) y perceptual (paisaje); el medio socio econ3mico en el entorno afectado; así como la localizaci3n, esto es, la decisi3n sobre la ubicaci3n geogr3fica de las acciones a ejecutar y los impactos que de ella se deriven.

13 Ídem, p. 235.

14 Ídem, p. 295.

15 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de abril del 2001.

- e) Los *planes* de seguimiento, vigilancia y control;
- f) La valorización económica del impacto ambiental;
- g) Un resumen ejecutivo de fácil comprensión; y,
- h) Otros que determine la autoridad competente.

Todas las obligaciones que a título de medidas, compromisos u otros son recogidas en el estudio de impacto ambiental que la autoridad aprueba se traducen en compromisos específicos, mecanismos, programas, plazos y cronogramas de obligatorio cumplimiento para asegurar el adecuado manejo ambiental del proyecto a ejecutar<sup>16</sup>. Estas obligaciones suelen plasmarse en

---

16 Ley N<sup>o</sup> 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre del 2005.

Artículo 16<sup>o</sup> .- De los instrumentos

- 16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.
- 16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país.

Artículo 17<sup>o</sup> .- De los tipos de instrumentos

- 17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.
- 17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.
- 17.3 El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental.

Artículo 18<sup>o</sup> .- Del cumplimiento de los instrumentos

En el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental se incorporan los mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos”.

el plan de manejo ambiental que forma parte del instrumento de gesti3n ambiental; aunque tambi3n pueden encontrarse descritas a lo largo del documento que, finalmente, se aprueba mediante el acto administrativo denominado certificaci3n ambiental<sup>17</sup>.

De ello se deriva que el cumplimiento o incumplimiento del contenido del estudio de impacto ambiental debe ser evaluado bajo un criterio de unidad; es decir, como un todo arm3nico y sistem3tico, identificando las medidas, compromisos y en general las obligaciones asumidas por el administrado, as3 como sus elementos consustanciales que resultan exigibles para garantizar una adecuada gesti3n ambiental.

### III. CRITERIOS PARA EVALUAR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL

Las obligaciones que los administrados asumen deben cumplirse en la forma prevista en el instrumento de gesti3n ambiental, de manera que se alcance el objetivo del compromiso asumido –que puede consistir en una acci3n de hacer, no hacer, dar, entre otras–. Por otra parte, cuando no se realice de la forma prevista, tambi3n deber3 ser considerado como un supuesto de incumplimiento, aunque parcial, de la obligaci3n asumida.

El Tribunal de Fiscalizaci3n Ambiental resalt3 esta situaci3n en la Resoluci3n N3 006-2011-OEFA/TFA se3alando lo siguiente:

---

17 Precisamente, la certificaci3n ambiental es el acto de la autoridad que certifica la viabilidad, en t3rminos ambientales, del proyecto una vez culminada la evaluaci3n ambiental. La certificaci3n ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones se3aladas en el estudio de impacto ambiental con el fin de prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales. Su cumplimiento est3 sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelaci3n de certificaci3n ambiental.

Decreto Supremo N3 019-2009-MINAM

Art3culo 553.- Resoluci3n aprobatoria

(...)

La certificaci3n ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales se3aladas en el Estudio de Impacto Ambiental. Su cumplimiento est3 sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelaci3n de la Certificaci3n Ambiental.

(...)



(...) el incumplimiento de cada compromiso, obligación o medidas en los estudios ambientales, *por inexecución total, parcial o distinta a la forma, modo y/o plazo previstos para su inexecución, constituye infracción sancionable* por la autoridad fiscalizadora de acuerdo a la normativa sancionadora vigente. Es por ello además que el numeral 3.4.4 de la RCD No 028-2003-OS/CD, no prevé como infracción sancionable el incumplimiento de los estudios ambientales y/o instrumentos de gestión ambiental, sino que sanciona como ilícito la inexecución de los compromisos contenidos en los mismos.

Por ejemplo, mediante la Resolución de Gerencia General N° 1947-2007-OS/GG del 26 de julio del 2007 (caso Ductos), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin) sancionó a una empresa por construir trazos de ductos de *manera longitudinal* al cruce de un río, pese a que su estudio de impacto ambiental preveía construirlos de *manera vertical*. En este caso, la obligación se cumplía si los ductos se construían de manera vertical y no si se construían de manera longitudinal; a pesar de que los ductos, finalmente, fueran construidos.

Entonces, el incumplimiento de la forma como debe ser ejecutada la obligación prevista en el instrumento ambiental implica el incumplimiento de la obligación misma. Evidentemente, ello supone que tanto la obligación y la forma como debe ser ejecutada se encuentren señaladas claramente en el instrumento de gestión ambiental; de lo contrario, el administrado puede cumplir la obligación de diferentes maneras siempre que los efectos que produzca estén cubiertos por el instrumento ambiental. En estos casos, se debe entender que la forma como se ha previsto que la obligación ambiental se cumpla es un elemento que coadyuva al objetivo consistente en no generar, disminuir o controlar los impactos previstos.

Por ejemplo, en el caso Ductos, el estudio de impacto ambiental de la empresa sancionada concluía que las actividades que se realizarían en el lecho del río donde se tenderían los ductos *solo tendrían efectos adversos si se rellenaban los cauces o alteraban o modificaban el curso natural del río*. Esta afirmación respondía al hecho de que el estudio de impacto ambiental establecía que los cruces se realizarían de forma vertical al cauce del río y no en forma longitudinal.

Entonces, la conclusión de que los cruces no tendrían efectos adversos en el lecho del río no podía ser aplicada a los tendidos longitudinales que realizó la empresa, sino a los tendidos verticales que se habían previsto en el instrumento ambiental. Debido a ello, la autoridad determinó que “los aspectos incluidos en el EIA (...), no tienen relación con tendidos longitudinales en el cauce del río (...) *ni han previsto los efectos que se generan por dichas actividades*”<sup>18</sup> (la cursiva es nuestra).

---

18 Ver la parte considerativa de la Resolución de Gerencia General N° 1947-2007-OS/GG.



En buena cuenta, la autoridad se1al3 que los tendidos verticales no generaban mayores impactos porque habían sido evaluados en el marco del estudio de impacto ambiental, pero como los tendidos longitudinales no habían sido evaluados, ni se haba previsto los efectos que ocasionaban; no pod3 concluirse, como sugería el administrado, que no se haba generado un impacto ambiental distinto al que *estaba previsto* con el tendido vertical.

### **3.1. La regla del incumplimiento per se y la excepci3n de la raz3n: El caso de las mejoras ambientales**

Del caso Ductos, podemos abstraer el siguiente criterio para analizar el incumplimiento del contenido de los instrumentos de gesti3n ambiental: Si el instrumento ambiental contempla un compromiso u obligaci3n ambiental a cargo del administrado, para considerar que se ha incumplido la obligaci3n, la autoridad solo debe verificar que no se haya ejecutado en los t3rminos previstos.

Denominaremos a este criterio como *incumplimiento per se*, en el sentido de que basta que la autoridad verifique el incumplimiento de una obligaci3n en los t3rminos descritos en el instrumento ambiental para determinar que se ha configurado una infracci3n ambiental, pues los objetivos del estudio de impacto ambiental y, en general, de la legislaci3n ambiental, se incumplen si las obligaciones ambientales se ejecutan de una manera distinta a como fueron previstas.

Como se entenderá, casi todas las infracciones ambientales se imputan y sancionan utilizando el criterio del incumplimiento per se, pues aplica frente a incumplimientos de obligaciones contenidas en instrumentos de gesti3n ambiental y en la normativa ambiental. Entonces, el incumplimiento per se es la regla para determinar la comisi3n de infracciones ambientales por incumplimiento del contenido del instrumento ambiental.

Sin embargo, en determinadas condiciones la regla del incumplimiento per se conduce a inconsistencias conceptuales, pues termina por sancionar conductas que, pese a no ejecutarse en los t3rminos descritos, cumplen con los objetivos del instrumento ambiental. Este es el caso de las denominadas "mejoras ambientales", que ser3 analizado a continuaci3n, en el cual el administrado realiza conductas distintas a las previstas en el instrumento ambiental, pero mejores en t3rminos ambientales, pues reducen el impacto negativo, generan mayor protecci3n al ambiente y resultan m3s eficientes para el cumplimiento de los compromisos socioambientales.

A nuestro juicio, el problema jur3dico que representan las mejoras ambientales puede resolverse de dos maneras: (i) formulando una nueva regla que expli-

que y resuelva todos los problemas jurídicos, incluyendo el caso de las mejoras ambientales; o (ii) incorporando una excepción que resuelva solo el conjunto de nuevos problemas, como las mejoras ambientales, sin necesidad de abandonar la regla del incumplimiento per se.

En ese sentido, consideramos que el problema jurídico que representan las mejoras ambientales en la fiscalización ambiental puede ser resuelto con una excepción inspirada en el principio de razonabilidad que puede ser formulada de la siguiente manera: “Si el administrado acredita que la conducta que realizó es distinta de la conducta prevista en el instrumento ambiental; pero representa una mejora ambiental que atenúa el impacto negativo previsto, genera mayor protección del ambiente y permite cumplir los compromisos ambientales, la autoridad no sancionará tal conducta”.

El efecto práctico que generaría esta excepción es de tipo procesal, al permitirle al administrado probar que la *conducta que ejecutó*, si bien difiere de la *conducta prevista* en el instrumento ambiental que, en principio, podría representar un incumplimiento (formal); representa una mejora (real) que cumple los objetivos de una adecuada gestión ambiental.

#### IV. SOBRE EL CONCEPTO DE MEJORA EN EL DERECHO AMBIENTAL

Al contrario de lo que podría pensarse, el concepto de “mejora” no es ajeno al ordenamiento jurídico<sup>19</sup> y, particularmente, al ordenamiento jurídico ambiental. Es un concepto que resulta connatural a la gestión del ambiente y subyace en numerosas disposiciones legales, entre las que podemos citar las siguientes:

- a) La gestión ambiental en el país, se rige por los siguientes principios: Complementariedad entre los instrumentos de incentivo y sanción, privilegiando la protección efectiva, la eficiencia, la eficacia, la prevención, *el mejoramiento continuo del desempeño ambiental* y la recuperación y manejo del pasivo ambiental o zonas ambientalmente degradadas (Literal m) del Artículo

---

19 Por lo demás, el concepto de mejora también se encuentra implícito en diferentes figuras del derecho civil y del derecho público. En el ámbito del derecho civil, citado para este propósito solo con fines ilustrativos, la mejora se aplica a los cambios introducidos a la propiedad y los derechos que tal situación genera. Sobre esta institución del derecho civil, se ha señalado que “la mejora, es la alteración material de una cosa, que conserva o aumenta su valor. Es necesariamente una modificación de la cosa objeto de la posesión, sea incrementándola, sea disminuyéndola, pero que de todos modos redunde en la conservación o en el incremento de su valor”. Véase: CUADROS, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*. Lima: Editora Latina, 1988, pp. 216-217.

5º de la Ley Nº 28245 - Ley Marco del Sistema Nacional de Gesti3n Ambiental<sup>20</sup>).

- b) La gesti3n ambiental es un *proceso permanente y continuo*, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la Pol3tica Nacional Ambiental y alcanzar, as3, una mejor calidad de vida para la poblaci3n, el desarrollo de las actividades econ3micas, *el mejoramiento del ambiente* urbano y rural, as3 como la conservaci3n del patrimonio natural del pa3s, entre otros objetivos (Art3culo 7º del Decreto Supremo Nº 008-2005-PCM - Reglamento de la Ley Nº 28245<sup>21</sup>).
- c) Son objetivos de la descentralizaci3n en materia de gesti3n ambiental la gesti3n sostenible de los recursos naturales y *mejoramiento de la calidad ambiental* en el marco establecido por la Ley y el Reglamento (Literal b) del art3culo 17º del Reglamento de la Ley Nº 28245).
- d) *El Estado promueve que los titulares de operaciones* adopten sistemas de gesti3n ambiental acordes con la naturaleza y magnitud de sus operaciones, con la *finalidad de impulsar la mejora continua de sus niveles de desempe±o ambiental* (Art3culo 76º de la Ley Nº 28611).
- e) *El Estado*, en coordinaci3n con los gremios y organizaciones empresariales, *promueve* la elaboraci3n y adopci3n de normas voluntarias, as3 como la autorregulaci3n por los titulares de operaciones, *para mejorar su desempe±o ambiental*, sin perjuicio del debido cumplimiento de la normatividad vigente (Art3culo 79º de la Ley Nº 28611).
- f) El dise±o del marco tributario nacional considera los objetivos de la Pol3tica Nacional Ambiental, promoviendo particularmente conductas ambientalmente responsables, modalidades de producci3n y consumo responsable de bienes y servicios, la conservaci3n, aprovechamiento sostenible y recu-

---

Por otro lado, en el 3mbito de los servicios p3blicos hoy se acepta, de manera pac3fica, a partir de su incorporaci3n como cl3usula de los contratos de concesi3n, que el denominado "progreso tecnol3gico" rige la prestaci3n de los servicios p3blicos. En este concepto, subyace la idea de mejora, pues implica la posibilidad de adaptar el servicio que el concesionario brinda a los avances cient3ficos y tecnol3gicos de cada momento, con el objetivo de obtener mayores niveles de calidad del servicio. Para un estudio m3s minucioso sobre este tema se puede revisar: MEIL3N, Jos3 Luis. *Progreso tecnol3gico y Servicios p3blicos*. Ciudad: Thomson Civitas, 2006.

20 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 8 de junio del 2004.

21 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de enero del 2005.

peración de los recursos naturales, así como el desarrollo y uso de *tecnologías apropiadas y de prácticas de producción limpia* en general (Artículo 4º de la Ley Nº 28611).

El concepto de mejora, como se aprecia, se encuentra en el seno mismo de la gestión ambiental, pues esta presupone que “*los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales*”<sup>22</sup>. La gradualidad, en ese sentido, implica progresar hacia mayores niveles de protección y desempeño ambiental.

En efecto, una vez que el Estado define cuánta protección otorga al ambiente, el incremento del nivel de protección; así como de los niveles de desempeño ambiental, se realiza en forma progresiva, adaptando las exigencias ambientales a cada momento. Justamente, el concepto de “mejora”, o “mejora continua”, guía ese progreso en la protección del ambiente y la sostenibilidad de los recursos naturales.

La propia Política Nacional del Ambiente, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 012-2009-MINAM<sup>23</sup>, señala que la *mejora continua* es un principio de la política ambiental que implica que “*la sostenibilidad ambiental es un objetivo de largo plazo que debe alcanzarse a través de esfuerzos progresivos, dinámicos y permanentes, que generen mejoras incrementales*”<sup>24</sup> (las cursivas son nuestras).

Entonces, la incorporación expresa del concepto de mejora en la fiscalización ambiental no debería resultar extraña, pues se trata de un concepto que subyace el ordenamiento jurídico ambiental y guía el desarrollo de la protección del ambiente. Sin embargo, su mención expresa resulta un hecho importante,

---

22 CAFFERATTA, Néstor. *Introducción al derecho ambiental*. Primera edición. México: Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2004, p. 29.

23 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo del 2009.

24 Política Nacional del Ambiente aprobado por el Decreto Supremo Nº 012-2009-MINAM del 23 de mayo del 2009.

3. Principios

La Política Nacional del Ambiente se sustenta en los principios contenidos en la Ley General del Ambiente y adicionalmente en los siguientes principios:

(...)

6. Mejora continua. La sostenibilidad ambiental es un objetivo de largo plazo que debe alcanzarse a través de esfuerzos progresivos, dinámicos y permanentes, que generen mejoras incrementales.

porque vislumbra un sistema de regulaci3n de segunda generaci3n; aquella que, sobre la base del tradicional sistema de comando y control<sup>25</sup>, incorpora mecanismos para incentivar el cumplimiento de las obligaciones ambientales incluso a niveles superiores a los que establece la normativa ambiental.

Entre tales mecanismos se encuentran, por ejemplo, los instrumentos de gesti3n ambiental econ3micos<sup>26</sup>, recogidos en el Art3culo 36<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 28611<sup>27</sup>, que buscan incentivar o desincentivar determinadas conductas con el fin de promover el cumplimiento de los objetivos de pol3tica ambiental propiciando el logro de niveles de desempe1o ambiental m1s exigentes que los establecidos en las normas ambientales.

La promoci3n de los conceptos de "producci3n m1s limpia", recogido en el Art3culo 77<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 28611, representa otro mecanismo para incentivar que las empresas optimicen el uso de los materiales, equipos, tecnolog3as y procesos que aplican en su producci3n para, a trav3s de la mejora en su efi-

---

25 BERG, Sanford. *Introducci3n a los fundamentos de la regulaci3n mediante incentivos*. Paper del programa de capacitaci3n: Regulaci3n y estrategia de gas natural. Florida. Consulta: 7 de febrero del 2014.  
<[http://bear.warrington.ufl.edu/centers/purc/docs/papers/sp\\_08.pdf](http://bear.warrington.ufl.edu/centers/purc/docs/papers/sp_08.pdf).>

26 Los instrumentos econ3micos de la gesti3n ambiental son una expresi3n de la actividad de fomento administrativa y puede distinguirse en dos (2) grupos: aquellos que operan en mercados existentes mediante subsidios o medidas tributarias; y aquellos que incentivan la creaci3n de nuevos mercados, como asignar derechos de titularidad y transferencia sobre emisiones, carbono, etc3tera. Para un estudio m1s detenido sobre los instrumentos de gesti3n ambiental, se puede revisar: LANEGRA, Iv1n. "Haciendo funcionar el derecho ambiental: Elecci3n y dise1o de los instrumentos de gesti3n ambiental". *Revista de Derecho Administrativo*, N<sup>o</sup> 6, 2008, pp. 139-148, Lima.

27 Ley N<sup>o</sup> 28611  
Art3culo 36.- De los instrumentos econ3micos

36.1 Constituyen instrumentos econ3micos aquellos basados en mecanismos propios del mercado que buscan incentivar o desincentivar determinadas conductas con el fin de promover el cumplimiento de los objetivos de pol3tica ambiental.

36.2 Conforme al marco normativo presupuestal y tributario del Estado, las entidades p1blicas de nivel nacional, sectorial, regional y local en el ejercicio y 1mbito de sus respectivas funciones, incorporan instrumentos econ3micos, incluyendo los de car1cter tributario, a fin de incentivar pr1cticas ambientalmente adecuadas y el cumplimiento de los objetivos de la Pol3tica Nacional Ambiental y las normas ambientales.

36.3 El dise1o de los instrumentos econ3micos propician el logro de niveles de desempe1o ambiental m1s exigentes que los establecidos en las normas ambientales.

ciencia, reduzcan el impacto ambiental y el riesgo que sobre las personas pueden generar<sup>28</sup>.

La incorporación del concepto de mejora ambiental comparte el mismo fundamento que la implementación de los instrumentos económicos y el fomento de la producción más limpia. Este fundamento sustenta que la fiscalización ambiental, desde un nuevo enfoque, pueda evaluar el *cumplimiento de los objetivos que subyacen en las conductas previstas en los instrumentos ambientales*, antes que las conductas mismas.

## V. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL CONCEPTO DE MEJORA AMBIENTAL

El concepto de mejora en todas sus acepciones, incluyendo las referencias legales citadas en el título anterior, implica pasar de una situación “A” hacia una situación “B” más ventajosa. En ese sentido, significa el “aumento de algo”, “acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor”, “ponerse más favorable”, “ponerse en lugar o grado ventajoso respecto del que antes se tenía”<sup>29</sup>.

Por consiguiente, el primer elemento a considerar en la conceptualización jurídica del concepto de mejora ambiental es que la mejora implica siempre un cambio o modificación (en sentido positivo) de la conducta prevista.

Asimismo, carecería de propósito señalar que la situación “B” es mejor que la situación “A” si previamente no se define el término de comparación entre

---

28 Ley N° 28611

Artículo 77.- De la promoción de la producción limpia

77.1 Las autoridades nacionales, sectoriales, regionales y locales promueven, a través de acciones normativas, de fomento de incentivos tributarios, difusión, asesoría y capacitación, la producción limpia en el desarrollo de los proyectos de inversión y las actividades empresariales en general, entendiendo que la producción limpia constituye la aplicación continua de una estrategia ambiental preventiva e integrada para los procesos, productos y servicios, con el objetivo de incrementar la eficiencia, manejar racionalmente los recursos y reducir los riesgos sobre la población humana y el ambiente, para lograr el desarrollo sostenible.

77.2 Las medidas de producción limpia que puede adoptar el titular de operaciones incluyen, según sean aplicables, control de inventarios y del flujo de materias primas e insumos, así como la sustitución de éstos; la revisión, mantenimiento y sustitución de equipos y la tecnología aplicada; el control o sustitución de combustibles y otras fuentes energéticas; la reingeniería de procesos, métodos y prácticas de producción; y la reestructuración o rediseño de los bienes y servicios que brinda, entre otras.

29 Las referencias en comillas corresponden a los significados literales del concepto de mejora.

ambas, es decir, el elemento que ser3 objeto de comparaci3n entre la conducta prevista y la conducta finalmente ejecutada. Entonces, el siguiente elemento a considerar como parte del concepto de mejora consiste en establecer el *t3rmino de comparaci3n*.

Por otro lado, el concepto de mejora, sin otra precisi3n, puede incluir aspectos irrelevantes para los fines ambientales<sup>30</sup>, por lo que resulta necesario restringirlo al aspecto ambiental. Es decir, la mejora que interesa a este prop3sito es la mejora ambiental, aquella que tiene como objetivo lograr una mayor protecci3n del ambiente y eficiencia en la ejecuci3n de los compromisos socioambientales.

En suma, el concepto de mejora ambiental hace referencia a aquel cambio o modificaci3n en el desarrollo de una actividad que conlleva claros beneficios ambientales derivados de reducir los impactos ambientales previstos y, en general, incrementar la protecci3n del ambiente y los compromisos socioambientales.

En ning3n caso, implica la mejora de un aspecto o un componente ambiental que devenga en el desmedro de otros aspectos o componentes ambientales. Es decir, se mejora una situaci3n ambiental sin afectar otra situaci3n ambiental<sup>31</sup>.

## VI. EL CONCEPTO DE MEJORA EN LA EJECUCI3N DE PROYECTOS DE INVERSI3N

El 17 de mayo del 2013 comenz3 a regir el Decreto Supremo N3 054-2013-PCM, norma que aprueba las disposiciones especiales para la ejecuci3n de procedi-

30 En efecto, establecer una mejora conlleva establecer un t3rmino de comparaci3n y el objetivo que se pretende lograr con la mejora; pues, con acierto, se ha se3alado que "una medida es mejor que otra solo en sentido relativo, es decir, es mejor para algo" y que "no tiene sentido tratar de responder por qu3 una medida es mejor que otra, si previamente no se ha establecido el objetivo que se pretende lograr". A manera de ejemplo, se ha se3alado que, en las telecomunicaciones, "la se3al digital es mejor que la se3al anal3gica si nuestro objetivo es transmitir informaci3n con la mayor fidelidad posible, pero no lo es si buscamos utilizar el menor ancho de banda". Ver SOTO, Ernesto. "¿Reorientando la pol3tica de telecomunicaciones en el Per3? Nuevo sistema de tarifas fijo m3vil". *Revista de Derecho Administrativo*, N3 12, tomo II, p. 53.

31 La mejora ambiental representa un supuesto de eficiencia en los t3rminos del 3ptimo de Pareto. Al respecto, Guzm3n Aguilera se3ala que "una transacci3n superior en sentido de Pareto es aquella que mejora la posici3n de al menos una persona sin empeorar la posici3n de alguna otra". En GUZM3N, Patricia. *Introducci3n al an3lisis econ3mico del derecho ambiental*. Colombia: Editorial Cordillera, 2006, p. 53.



mientos administrativos<sup>32</sup>. Entre las disposiciones aprobadas por esta norma se encuentra el Artículo 4º referido a disposiciones ambientales para proyectos de inversión, el cual señala lo siguiente:

Artículo 4.- Disposiciones ambientales para los proyectos de inversión

*En los casos en que sea necesario modificar componentes auxiliares o hacer ampliaciones en proyectos de inversión con certificación ambiental aprobada que tienen impacto ambiental no significativo o se pretendan hacer mejoras tecnológicas en las operaciones, no se requerirá un procedimiento de modificación del instrumento de gestión ambiental.*

El titular del Proyecto está obligado a hacer un informe técnico sustentando estar en dichos supuestos ante la autoridad sectorial ambiental competente antes de su implementación. Dicha autoridad emitirá su conformidad en el plazo máximo de 15 días hábiles. En caso que la actividad propuesta modifique considerablemente aspectos tales como, la magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o de las medidas de mitigación o recuperación aprobadas, dichas modificaciones se deberán evaluar a través del procedimiento de modificación” (la cursiva es nuestra).

Para el análisis realizado en este artículo, es importante resaltar el primer párrafo de la disposición citada, el cual podría formularse de la siguiente manera: En los casos en que el titular de un proyecto de inversión pretenda hacer mejoras tecnológicas en las operaciones del proyecto, no requerirá realizar el procedimiento de modificación del instrumento de gestión ambiental.

A su vez, el segundo párrafo podría reformularse de la siguiente manera: Para implementar la mejora tecnológica, el titular del proyecto deberá sustentar ante la autoridad sectorial competente el carácter de mejora de la actividad realizada y solo se requerirá la modificación de instrumento ambiental si la actividad propuesta modifica considerablemente aspectos como la magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o de las medidas de mitigación o recuperación aprobadas.

Como se aprecia, el Artículo 4º del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM incorpora el concepto de mejora en los procedimientos de certificación ambiental,

---

32 De acuerdo con los considerandos del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, la norma en cuestión fue aprobada porque “resulta necesario se aprueben disposiciones especiales con la finalidad de reducir los plazos para la ejecución de los procedimientos que deben cumplir con los proyectos de inversión a efectos de ejecutarlos con mayor celeridad y con menores costos, beneficiando con ello a poblaciones de escasos recursos, y cuya atención en el marco de inclusión social resulta prioritaria”.



aunque refiriéndose al aspecto tecnológico; sin embargo, resulta claro que tal mejora tecnológica debe conllevar una mejora en términos ambientales, pues solo así se podría entender que el titular no requiera iniciar un procedimiento de modificación del instrumento de gestión ambiental que es, precisamente, la oportunidad prevista para evaluar los impactos ambientales que la modificación de un proyecto podría conllevar.

Hasta antes de la vigencia del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, la realización de cambios en el proyecto de inversión sin solicitar la modificación del instrumento ambiental, aunque calificaran como mejoras, podía originar una infracción por incumplir el instrumento ambiental y otra por no iniciar el procedimiento de modificación respectivo. Sin embargo, desde la vigencia del Artículo 4° del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, si el cambio es calificado por la autoridad sectorial como una mejora tecnológica, no se configuraría ninguna de tales infracciones.

El objetivo del Artículo 4° del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM es incorporar comportamientos eficientes en la ejecución de los proyectos de inversión, permitiendo la realización de mejoras tecnológicas que tengan impactos positivos en el ambiente, por lo que sería incongruente, que la cobertura de esta norma, califique una conducta como una mejora tecnológica, que siempre implica un cambio (positivo) del instrumento ambiental; y, pese a ello, se sancione dicha conducta por incumplimiento del instrumento ambiental.

## VII. EL CONCEPTO DE MEJORA EN LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

Desde el 21 de diciembre del 2013 se encuentra vigente la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD que describe las conductas que califican como infracciones e incorpora el siguiente criterio para determinar infracciones por incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental<sup>33</sup>:

Artículo 4°.- Infracciones administrativas relacionadas al incumplimiento de lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental

(...)

4.2 Si la Autoridad de Supervisión Directa considera que la *actividad u obra* desarrollada por el administrado *no corresponde específicamente* a lo previsto en el *Instrumento de Gestión Ambiental*, pero *constituye una mejora* manifiestamente evidente que *favorece la protección ambiental o los compromisos socioambientales*, no calificará dicha falta de correspondencia como un *hallazgo* que amerite el inicio de un *procedimiento sancionador*.

---

33 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de diciembre del 2013.

4.3 Si la Autoridad de Supervisión Directa considera que la *actividad* u *obra* desarrollada por el administrado no corresponde específicamente a lo previsto en el Instrumento de Gestión Ambiental, pero *puede constituir una mejora* que favorece la protección ambiental o los compromisos socioambientales, *procederá* teniendo en cuenta lo establecido en el *Artículo 4º* del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, concordado con la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 060-2013-PCM (la cursiva es nuestra).

El Artículo 4º de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD recoge el concepto de mejora ambiental en dos supuestos:

- (i) Supuesto del Numeral 4.2 del Artículo 4º de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD: Si el OEFA tiene certeza de que la conducta realizada por el administrado constituye una mejora ambiental, decidirá no calificar dicha situación como un hallazgo que amerite el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.
- (ii) Supuesto del Numeral 4.3 del Artículo 4º de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD: Si el OEFA no tiene certeza de que la conducta realizada por el administrado constituye una mejora ambiental, *procederá teniendo en cuenta* lo dispuesto por el Artículo 4º del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, es decir, verificará que el administrado haya sustentado la condición de mejora ambiental ante la autoridad sectorial ambiental competente y esta haya emitido su conformidad al respecto.

En ambos supuestos, la norma concibe que el carácter de mejora se define durante un procedimiento de supervisión: si a los ojos del supervisor la mejora resulta manifiesta, no corresponde iniciar un procedimiento sancionador; y si no tiene certeza, verifica que el administrado haya sustentado la mejora ante la autoridad sectorial y esta haya dado su conformidad.

Sin embargo, el acto de definir una conducta como mejora está condicionada a la información que ostenta quien realiza la evaluación; pues, con información adecuada, una conducta que no se consideraba como mejora, puede resultarlo “manifiestamente” en otra evaluación. Todo dependerá del nivel de información obtenida.

Entonces, es posible que durante una supervisión la autoridad califique como hallazgos los cambios detectados en el instrumento ambiental y; sin embargo, en el marco de un procedimiento sancionador, el administrado logre probar que tales cambios, realmente, representan mejoras ambientales. ¿Cómo se soluciona esta situación?

La Resoluci3n de Consejo Directivo N3 049-2013-OEFA/CD no resuelve este problema, pues no define la situaci3n jur3dica de los procedimientos sancionadores, incluyendo aquellos iniciados con anterioridad a la vigencia de la citada norma, en los que se verifica con certeza que la conducta imputada como infracci3n representa una mejora ambiental.

Consideramos que esta situaci3n debe definirse a favor del derecho de los administrados, invocando la excepci3n de la retroactividad benigna<sup>34</sup> y, por tanto, aplicando al caso la consecuencia jur3dica del Numeral 4.2 del Art3culo 43 de la Resoluci3n de Consejo Directivo N3 049-2013-OEFA/CD, toda vez que resulta la norma m3s favorable al administrado.

Por el contrario, si la autoridad en el marco de un procedimiento sancionador, particularmente de aquellos iniciados con anterioridad a la vigencia de la Resoluci3n de Consejo Directivo N3 049-2013-OEFA/CD, *no tiene certeza* de que la conducta imputada como infracci3n califica como una mejora ambiental, proceder3 de acuerdo a lo previsto en el citado Numeral 4.3 del Art3culo 43 de la Resoluci3n de Consejo Directivo N3 049-2013-OEFA/CD.

## VIII. PROPUESTA DE AN3LISIS PARA EVALUAR LAS MEJORAS AMBIENTALES

El marco normativo no prev3 un esquema que permita evaluar la condici3n de mejora ambiental. Por ese motivo, sobre la base de los elementos descritos en la Resoluci3n de Consejo Directivo N3 049-2013-OEFA/CD, este trabajo concluye proponiendo un esquema de razonamiento para evaluar las mejoras ambientales:

---

34 El principio de irretroactividad jur3dica se encuentra previsto en el Numeral 5 del Art3culo 2303 de la Ley N3 27444 y establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar. La excepci3n a este principio, son los supuestos en que las disposiciones sancionadoras posteriores sean m3s favorables al administrado.

Ley N3 27444.

Art3culo 2303.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades est3 regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean m3s favorables.

El análisis debe empezar identificando que el instrumento de gestión ambiental haya previsto, de manera general, realizar la conducta que se evalúa. Este análisis permitirá a la autoridad descartar como mejora ambiental las conductas que el administrado realiza sin contar con instrumento ambiental. En el caso Ductos, por ejemplo, el instrumento ambiental había previsto realizar trazos en el cauce del río.

A continuación, se debe verificar que la conducta ejecutada por el administrado es distinta de la conducta prevista en el instrumento ambiental, pues la mejora implica siempre pasar de una situación a otra más ventajosa en términos ambientales. Para realizar este análisis, se debe identificar el término de comparación entre la conducta prevista y la conducta ejecutada, es decir, el elemento que será objeto de comparación. En el caso Ductos, por ejemplo, se verifica un cambio en la forma de ejecutar los trazos, pues estos debían ser realizados de forma vertical, pero se realizaron de forma longitudinal al río.

Luego, se verifica que la conducta ejecutada sea equivalente funcionalmente a la conducta prevista en el instrumento ambiental. La equivalencia funcional implica conductas diferentes (actividades, obras, etc.); pero que cumplen, cuando menos, las mismas funciones. Este análisis busca sustentar que, pese al cambio producido, la conducta ejecutada cumplió el objetivo del instrumento ambiental. En el caso Ductos, por ejemplo, para la empresa el tendido longitudinal cumplía la misma función que el tendido vertical, por lo que resultarían funcionalmente equivalentes.

Posteriormente, se identifican los beneficios que conlleva la conducta ejecutada respecto de la conducta prevista en el instrumento ambiental. Tales beneficios pueden consistir en atenuar el impacto ambiental negativo, generar una mayor protección en el ambiente o eficiencia en el cumplimiento de los compromisos socioambientales asumidos por el administrado. En el caso Ductos, por ejemplo, el administrado alegó que el instrumento ambiental cubría los impactos que el tendido longitudinal podría causar, pero no acreditó que esta conducta generaba beneficios al ambiente, que es la condición para definir una mejora ambiental.

El análisis culmina verificando que la conducta ejecutada no genere otros riesgos, no previstos, para el ambiente o sus componentes<sup>35</sup>. En el caso Ductos, por ejemplo, la autoridad no concluyó que la conducta ejecutada causaba per-

---

35 Para una mayor explicación sobre los alcances del óptimo de Pareto y su aplicación en el derecho se puede consultar: COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y economía*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2008.

juicios en el ambiente, sino que no existía informaci3n al respecto porque tal conducta no había sido evaluada por el instrumento ambiental.

## IX. CONCLUSIONES

1. Los instrumentos de gesti3n ambiental son mecanismos dise2ados para hacer efectiva la Polítca Nacional del Ambiente. Estos pueden ser de planificaci3n, promoci3n, prevenci3n, control, correcci3n, informaci3n, financiamiento, participaci3n y fiscalizaci3n.
2. Los instrumentos de gesti3n ambiental preventivos aplican para los nuevos planes, proyectos o actividades que se desean realizar. En cambio, los instrumentos de gesti3n ambiental correctivos aplican para las actividades en funcionamiento o que se desarrollan en áreas afectadas, en las cuales resulta necesario acciones correctivas, de adecuaci3n y restauraci3n del ambiente.
3. Los elementos principales del estudio de impacto ambiental son la descripci3n de la actividad propuesta, los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente y las medidas necesarias para evitar o reducir el da2o a niveles tolerables.
4. Si el estudio de impacto ambiental contempla un compromiso u obligaci3n ambiental a cargo del administrado, para considerar que se ha incumplido la obligaci3n, la autoridad solo debe verificar que estas no se hayan ejecutado en los t3rminos previstos.
5. Sin embargo, la autoridad no sancionará aquellas conductas distintas del instrumento ambiental; pero que representan una mejora ambiental al disminuir el impacto negativo previsto, generar mayor protecci3n del ambiente o de sus compromisos ambientales.
6. El concepto de mejora ambiental hace referencia a aquel cambio o modificaci3n en el desarrollo de una actividad que conlleva claros beneficios ambientales derivados de reducir los impactos ambientales previstos y, en general, incrementar la protecci3n del ambiente y los compromisos socioambientales.
7. El Artícuo 4º del Decreto Supremo Nº 054-2013-PCM incorpora el concepto de mejora en los procedimientos de certificaci3n ambiental refiriéndose al aspecto tecnol3gico; sin embargo, ello debe involucrar una mejora en t3rminos ambientales, pues solo así el titular no solicitará la modificaci3n del estudio de impacto ambiental.

8. El Artículo 4º de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD recoge el concepto de mejora ambiental en dos supuestos: (i) si el OEFA tiene certeza que la conducta del administrado es una mejora ambiental, no se dará inicio a un procedimiento sancionador; y (ii) si el OEFA no tiene certeza que la conducta del administrado es una mejora ambiental verificará que el administrado haya sustentado la condición de mejora ambiental ante la autoridad sectorial ambiental competente y esta haya emitido su conformidad al respecto.
9. La Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD no define la situación jurídica de los procedimientos sancionadores iniciados con anterioridad a su vigencia, en los cuales se verifica la existencia de una mejora ambiental. Esta situación debe definirse a favor del derecho de los administrados, aplicando retroactivamente la consecuencia jurídica de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD.

## BIBLIOGRAFÍA

ANDALUZ, Carlos

2013 *Manual de derecho ambiental*. Cuarta edición. Lima: Editorial Grijley.

BERG, Sanford

s/a *Introducción a los fundamentos de la regulación mediante incentivos. Paper del programa de capacitación: Regulación y Estrategia de Gas Natural. Florida*. Consulta: 7 de febrero del 2014

<[http://bear.warrington.ufl.edu/centers/purc/docs/papers/sp\\_08.pdf](http://bear.warrington.ufl.edu/centers/purc/docs/papers/sp_08.pdf)>

CAFFERATTA, Néstor

2004 *Introducción al derecho ambiental*. Primera edición. Mexico: Secretaria del Medio Ambiente y Recursos Naturales.

CONESA, Vicente

2009 *Guía metodológica para la evaluación del impacto ambiental*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa.

LANEGRA, Iván

2008 "Haciendo funcionar el derecho ambiental: Elección y diseño de los instrumentos de gestión ambiental". *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, año 3, número 6.

MARTÍN, Ramón

1991 *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Editorial Trivium.

## LA PREVENCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL PERUANO

PEDRO GAMIO AITA

### SUMARIO

*En el presente artículo, el autor destaca el tema de la prevención ambiental como un principio rector de la política ambiental de todo Estado que tiene por finalidad prevenir adecuadamente los riesgos y los daños que se pueden causar al ambiente. En ese sentido, se desarrolla el tema de las medidas preventivas y los mandatos de carácter particular en la legislación peruana, para luego explorar las experiencias en materia de prevención ambiental en Chile, Colombia y Argentina.*

I. Introducción. II. Las medidas preventivas. III. Las medidas preventivas en la legislación peruana. IV. Mandatos de carácter particular. V. El SEIA chileno. VI. Colombia y Argentina: medidas cautelares. VII. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

El Perú enfrenta, actualmente, problemas de fortaleza institucional que limitan su posibilidad de respuesta y gestión eficiente frente a la contaminación y deterioro creciente de sus ecosistemas. A los altos niveles de polución local, se deben sumar los efectos del cambio climático, los cuales se proyectan para el Perú, según un estudio de la Comunidad Andina, en 4,5% de pérdida del PBI al 2025<sup>1</sup>. Por estos motivos, debemos ser conscientes de la creciente vulnerabilidad del país, sumando los costos de la contaminación y los crecientes impactos del cambio climático. Ignorar la necesidad de la prevención y mi-

<sup>1</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. *El cambio climático no tiene fronteras: Impacto del cambio climático en la Comunidad Andina*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2008, p. 22. Consulta: 1 de abril del 2014. <[http://www.comunidadandina.org/Upload/201166181345libro\\_cambioclimatico.pdf](http://www.comunidadandina.org/Upload/201166181345libro_cambioclimatico.pdf)>



tigación supone el riesgo de que los impactos que padece el país no puedan ser manejados en el largo plazo y los sufran, principalmente, los sectores más pobres. Una estrategia de prevención y mitigación debe apoyarse en una gestión integral y transversal, que valore los cobeneficios locales y sinergias con el crecimiento económico de una estrategia orientada a crecer con menor huella de carbono, mejorar sustancialmente la gestión de los recursos renovables y no renovables, medir sus impactos sobre la calidad ambiental local y la política de adaptación. Cada una de estas líneas de acción debe estar acompañada de una política proactiva de prevención que use la nueva normativa sancionadora ambiental, que el Estado desarrolla y ejecuta, para reducir los impactos producidos por la contaminación y el cambio climático.

El Estado peruano debe promover el desarrollo sostenible basado en una mejor relación con la naturaleza, la figura simbólica del triángulo equilátero, que significa la interacción y búsqueda del equilibrio entre la rentabilidad económica de un emprendimiento, la equidad social y la conservación del ambiente. En otras palabras, debe mejorar la calidad de vida de las personas a partir de un manejo responsable y sostenible de los recursos naturales. La Constitución Política del Perú establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y que toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. En la vida diaria, a lo largo y ancho del Perú, se encuentran evidencias de una controvertida situación ambiental que agudiza el cuadro de extrema pobreza y contaminación creada por la actividad humana, a lo que se suman los efectos del calentamiento global, por lo que nuestro país enfrenta un gran desafío.

Una sociedad que busca el desarrollo debe entender su territorio y conocer los recursos físicos, naturales, culturales y sociales que lo componen, situación que hace imperativa la planificación estratégica socioambiental en las actividades económicas. En el país no se piensa en el mediano y largo plazo ni se articulan políticas públicas a favor de un ambiente sano y un desarrollo sostenible. La institucionalidad ambiental tiene una estrecha relación con el desarrollo sostenible y la superación de la pobreza si no generamos prevención y capacidad de gestión de los recursos –con criterios de sustentabilidad–, la contaminación y el cambio climático pueden tener un costo mucho más alto para el país. En ese sentido, una mejor y mayor institucionalidad nos permite prevenir la contaminación y tener capacidad de respuesta para ejecutar una adecuada estrategia de mitigación y, obviamente, la adaptación al cambio climático.

Asimismo, todavía subsisten problemas en la asignación de competencias en los sectores y niveles de Gobierno. Por ello, también es imperativo fortalecer



y desarrollar la capacidad institucional de la autoridad ambiental en el país, en el marco del proceso de descentralización y modernización del Estado. En esa línea, resulta indispensable promover dicha descentralización entendida como un proceso económico y técnico de construcción de capacidades locales y regionales, no solamente como la asignación de mayor presupuesto<sup>2</sup>. Esto, a su vez, debe ir de la mano con el desarrollo de sistemas y capacidades de monitoreo y evaluación de las políticas y normas ambientales. Paralelamente a estas acciones, se deben fortalecer los mecanismos de participación ciudadana en toda la gestión ambiental del Estado para promover la competitividad, entendida como un proceso productivo más limpio y sostenible, que tome en consideración los criterios de huella ecológica en los negocios.

Por todo ello, hay tareas pendientes: se debe promover las ventajas competitivas de la diversidad biológica y la configuración del territorio –el llamado ordenamiento territorial–; elaborar, actualizar y valorar el inventario de recursos naturales renovables; identificar, registrar y valorizar los conocimientos tradicionales y servicios ambientales; fomentar alianzas estratégicas tripartitas: Estado-universidad-empresa; promover la predictibilidad en el accionar del Estado; promover la meritocracia y el desarrollo de capacidades científicas y tecnológicas para enfrentar riesgos, problemas, tensiones, conflictos y posibles peligros para la salud, el ambiente y la diversidad biológica generados por el deterioro ambiental y el cambio climático; considerar la transversalidad y sistematicidad de la política nacional del ambiente, que involucra a todos los sectores productivos y extractivos, al sistema educativo y, finalmente, la propia seguridad nacional.

Del fortalecimiento de la institucionalidad depende la propia gobernabilidad y, evidentemente, la seguridad ambiental; es decir, el grado en el que un sistema es capaz de hacer frente a los efectos adversos de la contaminación y el cambio climático. En ese sentido, se debe utilizar como instrumentos de prevención el manejo integrado de la evaluación ambiental estratégica, la zonificación económico ecológica, el ordenamiento territorial ambiental, la evaluación del impacto ambiental y el régimen sancionador ambiental, dentro de un enfoque ecosistémico. En dicho contexto, debe tomarse en cuenta lo señalado por Esain<sup>3</sup>, en los siguientes términos: “(...) como el aspecto más importante del derecho ambiental, la prevención ambiental actúa procurando impedir, dentro

2 GAMIO, Pedro. “Energía en el Perú: ¿Hacia dónde vamos?”. *Matriz energética en el Perú y energías renovables*. Tomo IV. Lima: Sinco Editores, 2010, p. 9.

3 ESAIN, José. “Derecho ambiental. El principio de prevención en la nueva Ley General del Ambiente 25675”. *Estudio jurídico José Esain*. Consulta: 1 abril del 2014. <[www.jose-esain.com.ar](http://www.jose-esain.com.ar)>.

de los límites de lo razonable, todo aquello que lleve en sí mismo el peligro de generar un perjuicio ambiental, debiéndose utilizar los medios más adecuados y efectivos para frustrar la amenaza de daño de todo factor degradante”.

Normalmente, la prevención ambiental es incluida en los ordenamientos legales como un principio rector de la política ambiental de cada Estado. Por ejemplo, Jaquenod señala que la prevención ambiental se encuentra sobre el rango de principios, atribuyéndole la calidad de carácter, pues “en materia ambiental son necesarias aquellas acciones que se anticipan para prevenir cualquier tipo de degradación del entorno, en lugar de limitarse a verificar e integrar a posteriori y reparar los daños ambientales”<sup>4</sup>.

No queda duda de la importancia que los Estados le dan a la prevención ambiental y esto se justifica en la imposibilidad de regresar el suelo, aire o agua al estado anterior al evento contaminante, lo que altera permanentemente la dinámica de los ecosistemas. Por esta razón, revisaremos cómo han regulado algunos Estados las medidas preventivas de carácter ambiental en sus respectivas normas, reconociendo las diferencias y coincidencias.

## II. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

Según el Tribunal Constitucional del Perú,

(...) este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado (...). En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial la realización de una actividad económica. Más aún el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente<sup>5</sup>.

Asimismo, de acuerdo con el fallo ya citado del Tribunal Constitucional, el criterio de prevención prevalecerá sobre cualquier otro en la gestión pública y privada del medio ambiente y los recursos naturales.

De otro lado, con una semántica diferente, tenemos el principio precautorio establecido en el Artículo 7º del Título Preliminar de la Ley N° 28611 - Ley Ge-

---

4 JAQUENOD, Silvia. *Derecho ambiental*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 683.

5 Sentencia del 19 de febrero del 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 18.

neral del Ambiente<sup>6</sup>, el cual conlleva la adopción de medidas eficaces y eficientes a fin de impedir la degradación del ambiente. En el caso del principio de precaución, ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa, se prefiere limitarla y privilegiar la preservación del medio ambiente. Así, no debemos confundir el principio de prevención con el precautorio: “(...) [l]os autores franceses distinguen prevención y precaución de acuerdo con el conocimiento que pueda tenerse de las consecuencias de una acción determinada. Si se conocen estas consecuencias, se deben prevenir. Si, en cambio, no se conocen, porque en el ambiente científico existe la duda o no existen pruebas irrefutables, se deben tomar todas las precauciones necesarias”<sup>7</sup>.

El principio de prevención se sustenta en el hecho de tomar medidas y previsiones con relación a los bienes y personas bajo la jurisdicción ambiental, a fin de asegurarse que las actividades económicas de las personas y empresas no causen perjuicios de naturaleza ambiental. Esta obligación está básicamente regulada en el conjunto de estándares mínimos, límites máximos permisibles y reglamentos ambientales y técnicos que regulan las diversas actividades económicas, sobre todo en las que se identifican mayores riesgos potenciales, aunque no siempre se llega a cubrir todos los casos, en los que puede haber o generarse riesgos. Por ello el Estado mantiene activo su rol fiscalizador, buscando prevenir las contingencias ambientales.

Rodríguez y Páez definen a las medidas preventivas previstas en el régimen ambiental sancionador como “una suerte de medidas cautelares consagradas en el ordenamiento jurídico”<sup>8</sup>. Si bien sabemos que la prevención ambiental está consagrada en la mayoría de Estados latinoamericanos como un principio rector de su política ambiental nacional, no todos los países han implementado sus herramientas jurídicas con las mismas pretensiones y alcances. Revisaremos precisamente este punto en el presente artículo.

### III. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En un Estado de derecho como el que rige en el Perú, existe el deber y el derecho de conservar, proteger, recuperar los ecosistemas, preservar el medio

6 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre del 2005.

7 FRIANT-PERROT, Marine. *Curso de derecho agroalimentario*. Edición Lexis Nexis, 2005, pp. 97-98.

8 RODRÍGUEZ, Gloria e Iván PÁEZ. “Las medidas preventivas ambientales, una aproximación desde el derecho administrativo”. *Opinión Jurídica*, N° 12, 2013, p. 23, Medellín.

ambiente, lo que lleva al establecimiento de acciones y medidas para enfrentar las amenazas o afectaciones contra el mismo. Corresponde al Estado hacerlo por sí mismo y por denuncia o información de cualquier ciudadano. Se trata de la salvaguarda del derecho a un ambiente sano, tal como esta reconocido en la Constitución.

La Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre del 2005, es la ley marco del sector ambiental en el país, y contiene, en el Artículo VI de su Título Preliminar, el principio de prevención, el cual señala que la gestión ambiental posee como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación que correspondan.

En cuanto a la incorporación de artículos a la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>9</sup>, lo que se ha buscado es el reconocimiento de principios transversales a toda la gestión ambiental. Así, la incorporación del Artículo 13-A, reconoce el principio de transparencia y acceso a la información ambiental y enfatiza la participación de la población local mediante audiencias públicas, a fin de complementar las acciones de fiscalización ambiental del OEFA. Asimismo, en el marco de los parámetros de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, el Artículo 16-A faculta al OEFA para emitir mandatos de carácter particular, cuyo incumplimiento resulta sancionable; esto con la finalidad de garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental.

Por otro lado, el incorporado Artículo 20-A establece que la “sola presentación de una demanda contencioso administrativa, de amparo u otra, no interrumpe ni suspende el procedimiento de ejecución coactiva de las resoluciones de primera o segunda instancia administrativa referidas a la imposición de sanciones administrativas emitidas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)”<sup>10</sup>. Asimismo, se establecen las reglas para la interposición de medidas cautelares por parte del administrado. El Artículo 20-B, por su parte, regula las papeletas ambientales; y el Artículo 22-A establece las medidas preventivas para las cuales no se requiere el inicio de un procedimiento sancionador, las que incluyen mandatos de hacer o no hacer y se imponen “únicamente cuando se evidencia un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño

---

9 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo del 2009.

10 Ley N° 30011 - Ley que modifica la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 26 de abril del 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

grave al ambiente, los recursos naturales o derivados de ellos, a la salud de las personas; así como para mitigar las causas que generan la degradación o daño ambiental”.

Los recientes dispositivos legales buscan fortalecer el sistema de gestión ambiental en el Perú. En esa línea, el Decreto Supremo N° 003-2013-MINAM establece los principios, las etapas y el cronograma del proceso de implementación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Senace); y la Ley N° 30011 modifica la Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>11</sup> y establece nuevas atribuciones al OEFA y a las entidades de fiscalización ambiental a nivel nacional, regional y local, con la finalidad de garantizar la efectiva fiscalización ambiental de las actividades que se vienen desarrollando en el Perú. De esta manera, se avanza en el proceso de fortalecimiento de los instrumentos y entidades a cargo de la gestión ambiental en el Perú y, en forma paralela, se constituyen en una herramienta para prevenir los conflictos socioambientales en nuestro país.

El desarrollo de la actividad de prevención recae en dos herramientas operativas, denominadas medidas preventivas y mandatos de carácter particular, y ambas están contenidas en la función de supervisión directa a cargo del OEFA. Las medidas preventivas están diseñadas para ser aplicadas en caso de que exista un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, a los recursos naturales o algún derivado de ellos, a la salud de las personas, así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental. El Artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, respecto del principio de prevención, tipifica lo siguiente: “La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental”. Su disposición se tomará respetando preferentemente los principios de razonabilidad, proporcionalidad y prevención.

En el propio Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD<sup>12</sup>, se regulan, como herramientas operativas, las medidas preventivas y mandatos de carácter particular, que tienen por finalidad asegurar la protección del ambiente y la eficacia de la fiscalización ambiental, independientemente de si se aprecian indicios de infracción administrativa en la actividad materia de supervisión directa.

Las medidas preventivas se dictarán cuando se evidencie un hallazgo relativo a un inminente peligro o un alto riesgo de producirse un daño grave al

11 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de abril del 2013.

12 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de febrero del 2013.

ambiente, los recursos naturales o algún derivado de ellos, a la salud de las personas, así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental. Su disposición se tomará respetando, preferentemente, los principios de razonabilidad, proporcionalidad y prevención.

Entre los tipos de medidas preventivas a disponer se encuentran: (i) la clausura temporal, parcial o total del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que pone en riesgo al ambiente o la salud de las personas; (ii) la paralización temporal, parcial o total de las actividades que ponen en riesgo al ambiente o la salud de las personas; (iii) el decomiso temporal de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados que ponen en riesgo al ambiente o la salud de las personas; (iv) la destrucción o acción análoga de materiales o residuos peligrosos que pongan en riesgo al ambiente o la salud de las personas; o (v) cualquier otra medida idónea para alcanzar los fines de la disposición de una medida preventiva.

#### Artículo 22-A.- Medidas preventivas

Las medidas preventivas pueden contener mandatos de hacer o no hacer. Se imponen únicamente cuando se evidencia un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales o derivado de ellos, a la salud de las personas; así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental.

Para disponer una medida preventiva, no se requiere el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. Dicha medida se ejecuta sin perjuicio de la sanción administrativa a que hubiera lugar.

La vigencia de la medida preventiva se extiende hasta que se haya verificado su cumplimiento o que hayan desaparecido las condiciones que la motivaron.

Como ya hemos señalado, las medidas preventivas pueden contener mandatos de hacer o no hacer. Estas se imponen únicamente cuando se evidencia un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales o derivado de ellos, a la salud de las personas, así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental.

Probablemente, los mejores antecedentes o las experiencias fácticas más importantes que tuvo el país en materia de prevención de riesgo de daño ambiental fueron los seis incidentes con el ducto de Camisea, producidos en los años 2005 y 2006, lo que obligó al entonces organismo fiscalizador, Osinerg (actualmente, Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin), a dictar una medida cautelar administrativa de carácter preventivo que no estaba previamente tipificada. Dicha medida obligó al concesionario de

transporte<sup>13</sup> a construir un túnel en el área que los peritos habían identificado de alto riesgo por el constante movimiento de los suelos y las características climáticas de la zona. Esto fue exigido como una condición para mantener la operación de transporte de líquidos, sin que ello significara un riesgo de daño ambiental mayor. Asimismo, lo mencionado debía y debió hacerse al margen de la determinación de responsabilidades por los seis incidentes producidos, es decir, el ducto se había construido siguiendo parámetros y estándares internacionales, pero dentro de los doscientos kilómetros, entre sierra y selva, no era suficiente: se debía tomar medidas extraordinarias de seguridad, considerando la particularidad de la zona. El túnel era la salida técnica y se obligó a realizar una inversión de setenta millones de dólares de forma urgente y con carácter preventivo.

De acuerdo a la auditoría realizada en el 2007, el ducto de líquidos experimentó seis incidentes desde que empezó a operar en agosto del 2004. La causa final de estos incidentes estuvo relacionada, en cinco casos, con peligros geológicos, geotécnicos e hidrológicos. Cuatro de los cinco casos se han visto influenciados, al momento de la falla, con la presencia de cargas externas, debido a deslizamientos de tierra; y el quinto caso, aunque se atribuye a un problema de huayco, está más ligado a una falla por daño mecánico en el cuerpo del tubo.

#### IV. MANDATOS DE CARÁCTER PARTICULAR

Según Gómez, “[p]ara garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental se ha atribuido al OEFA la potestad de dictar mandatos de carácter particular, medidas que tienen por objeto que el administrado proporcione a la autoridad de supervisión directa, información o documentación relevante que permitan una fiscalización ambiental más efectiva y oportuna”<sup>14</sup>. Los mandatos de carácter particular se emitirán de acuerdo a lo establecido en los artículos 11º y 18º de la Ley N° 29325. A través de mandatos de carácter particular, el OEFA dispondrá la realización de auditorías y estudios, o la generación de información relacionada con las actividades de los administrados, y que constituyen materia de supervisión por parte del OEFA.

Los mandatos de carácter particular son disposiciones exigibles al administrado con el objetivo de que este realice determinadas acciones que tengan como finalidad garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental.

13 Antes de la determinación de responsabilidades en los incidentes y del proceso sancionador respectivo.

14 GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS. “El fortalecimiento de la fiscalización ambiental”. En GÓMEZ, Hugo (compilador). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 2013, p. 19.



El OEFA dispondrá la realización de auditorías, y estudios o la generación de información relacionada con las actividades de los administrados que constituyen materia de supervisión por parte de dicha institución.

#### Artículo 16-A.- Mandatos de carácter particular

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 11 de la presente Ley y bajo los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) emiten mandatos de carácter particular, los cuales constituyen disposiciones exigibles al administrado con el objetivo de que este realice determinadas acciones que tengan como finalidad garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental.

Los mandatos de carácter particular se disponen a través de comunicación dirigida al administrado en la que se señale su motivo y el plazo para su cumplimiento. Los mandatos son impugnables sin efecto suspensivo. El incumplimiento de estos mandatos es sancionable, de conformidad con el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, y son regulados mediante resolución de Consejo Directivo del OEFA.

Las herramientas operativas antes señaladas tienen la particularidad de poder emitirse sin la necesidad de un procedimiento administrativo sancionador en curso. Se permite la acción del OEFA frente a escenarios de ilegalidad e informalidad que aún no cuentan con un procedimiento administrativo sancionador iniciado, pues se dispone la obligatoriedad de cumplimiento de las mandatos ambientales fiscalizables sin perjuicio de la sanción administrativa correspondiente, la cual se aplicará siguiendo sus plazos con normalidad.

Un ejemplo de mandato de carácter particular, que resumiremos debido a su importancia, es la Resolución Directoral N° 002-2013-OEFA/DS del 24 de mayo del 2013, la cual hace referencia al Informe N° 41-2013-OEFA/DS-HID de fecha 24 de abril del 2013, dictado por el OEFA y emitido por la Dirección de Supervisión, concerniente a la supervisión del estudio de impacto ambiental del Proyecto de Exportación de GNL en Pampa Melchorita Perú de la empresa PERU LNG S.R.L., ubicada entre los kilómetros 167 y 170 de la carretera Panamericana Sur, Pampa Melchorita, distrito de San Vicente de Cañete, provincia de Cañete, departamento de Lima.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 29° y 30° de la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD, la Dirección de Supervisión, en calidad de autoridad de supervisión directa, tiene entre sus funciones el dictar mandatos de carácter particular, a efectos de que el administrado realice determinadas acciones relacionadas con un hallazgo de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 11° y 18° de la Ley N° 29325. Por Decreto Supremo N° 015-2006-EM, se aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Activida-



des de Hidrocarburos, el cual deroga de manera expresa el Decreto Supremo N° 046-93-EM. El Artículo 4° del mencionado cuerpo legal define el estudio de impacto ambiental como el documento de evaluación ambiental de los proyectos de inversión cuya ejecución pueda generar impactos ambientales negativos significativos en términos cuantitativos o cualitativos. Por su parte, el Artículo 9° señala que previamente al inicio de actividades de hidrocarburos, o a su ampliación o modificación, el titular deberá presentar, ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas, el estudio ambiental correspondiente, el cual será de obligatorio cumplimiento luego de su aprobación.

Mediante Resolución Directoral N° 061-2004-MEM/AAE del 21 de junio del 2004, se aprobó el estudio de impacto ambiental del Proyecto de Exportación de GNL en Pampa Melchorita Perú de la empresa PERU LNG S.R.L. Luego, mediante el Informe N° 041-2013-OEFA/DS-HID, la Dirección de Supervisión del OEFA evaluó el estudio de impacto ambiental del Proyecto de Exportación de GNL en Pampa Melchorita. Dicho estudio establece que los resultados de monitoreo de sedimentos marinos deben ser comparados con los estándares recomendados por la Canadian Environmental Quality Guidelines (CEQGS, 2003), que establece dos tipos de estándares: Interim Sediment Quality Guidelines - ISQG (límite debajo de los cuales no se esperan efectos biológicos adversos) y Probable Effect Level - PEL (concentraciones en las que los efectos biológicos adversos se encuentran con frecuencia).

Como resultado de la evaluación realizada al estudio de impacto ambiental en el referido informe, se tiene que los resultados reportados entre noviembre del 2011 y noviembre del 2012 evidenciaron: (i) el incremento progresivo de las concentraciones de metales pesados en los sedimentos marinos que superan el valor de los estándares CEQGS y PEL establecidos en la Canadian Environmental Quality Guidelines; y (ii) la influencia del incremento de las concentraciones de metales pesados en el fondo marino localizado a ambos lados de la estructura del muelle, fondo marino que se relaciona con el sistema de microcorrientes existente en la zona.

Los resultados obtenidos de los monitoreos de calidad de agua de mar, correspondientes al periodo comprendido entre noviembre del 2011 y febrero del 2012, fueron contrastados con los estándares de calidad ambiental estipulados en el Decreto Supremo N° 002-2008-MINAM, que Aprueba los Estándares Nacionales de Calidad Ambiental para Agua, resultados que demostraron que la superación de los valores establecidos en el citado decreto se encuentra relacionada con el incremento progresivo de la concentración de metales (arsénico, cadmio, cobre y mercurio) en el sedimento de la zona donde se encuentra instalado el muelle del terminal de PERU LNG S.R.L.

Lo señalado en el párrafo anterior concuerda con lo reportado en el estudio de "Relevamiento morfológico costero Puerto PERU LNG, junio 2010 - junio 2011", elaborado por Ezcurra & Schmidt S.A., que evidenció el desplazamiento de arena (que contiene metales y otras partículas) desde la zona de la orilla hacia ambos lados del terminal, lo que a su vez generó pérdida de material de la línea de la costa localizada al norte y sur de la estructura. Dicho informe concluyó que la instalación de la infraestructura del muelle del terminal de PERU LNG S.R.L. habría generado la partición del sistema de corrientes existentes en la zona, y creado dos microsistemas de corrientes: uno hacia el norte y otro hacia el sur. Asimismo, en la evaluación de la documentación remitida por PERU LNG S.R.L., no se observó la inclusión de un estudio de corrientes ni de cambios originados en la fauna de la zona submareal, intermareal y de la orilla próxima al área del proyecto.

De acuerdo al principio precautorio establecido en el Artículo 7º del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, se debe proceder a la adopción de medidas eficaces y eficientes a fin de impedir la degradación del ambiente, independientemente de la certeza de la existencia de un daño grave o irreversible. En virtud del principio precautorio referido, el citado informe recomendó:

- a) Desarrollar un estudio oceanográfico que permita conocer la situación actual del sistema de corrientes existente en la zona de Pampa Melchorita, realizando los análisis comparativos con lo reportado en el estudio de línea de base ambiental.
- b) Desarrollar reportes que incluyan la interrelación entre las variables abióticas y bióticas (análisis de la relación recurso-ambiente), a fin de determinar los posibles impactos de PERU LNG S.R.L sobre el ecosistema marino donde se localiza la infraestructura.
- c) Incluir en los reportes información relevante del proyecto, como es el caso del "Relevamiento Morfológico Costero Puerto PERU LNG (Planta Pampa Melchorita)", que permite conocer la evolución del proceso de desplazamiento de arena procedente de la zona costera adyacente al proyecto.
- d) Realizar estudios de dispersión de sedimentos e isotópicos, a fin de determinar las fuentes de procedencia de los metales pesados presentes en ambos lados de la estructura del muelle del terminal de PERU LNG S.R.L.
- e) Realizar un análisis ecotoxicológico de metales en organismos acuáticos, especialmente en peces y organismos bentónicos (entre ellos, bivalvos) a fin de implementar las medidas de contingencia necesarias ante una posible bioacumulación de esta sustancia por estos organismos. Ello, en

virtud del incremento de metales pesados en el sedimento, que superaron el valor del ISQG (límite debajo de los cuales no se esperan efectos biológicos adversos), y de metales pesados en agua que superen el valor del ECA para agua Categoría 2 Actividades Marino Costeras, Subcategoría 3 (otras actividades).

- f) Solicitar opinión al Instituto del Mar del Perú, como organismo técnico especializado del Ministerio de la Producción, sobre las probables alteraciones que pudieran estarse presentando en el ecosistema acuático donde se localiza la infraestructura marina de PERU LNG S.R.L.
- g) Considerar la implementación de medidas de mitigación apropiadas ante el proceso de desplazamiento de arena que se viene desarrollando en la zona de línea de costa focalizada en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de evitar el desplazamiento de las comunidades acuáticas existentes en la zona intermareal y submareal, de conformidad con el marco de los compromisos ambientales asumidos en su EIA.
- h) Remitir al OEFA copia de los reportes de ensayo con el sello, firma y membrete del laboratorio acreditado que los efectúa, a fin de corroborar la validez de los reportes.
- i) Implementar medidas correctivas necesarias para mitigar los impactos presentados en el ecosistema marino y las actividades de pesca, de conformidad con el marco de los compromisos ambientales asumidos en su estudio de impacto ambiental, puesto que el plan de manejo ambiental del administrado se encuentra en proceso de aprobación desde el año 2010.

En atención al Artículo 6º de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>15</sup>, la motivación del acto administrativo puede realizarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, siempre y cuando se les indique de modo certero y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. En ese sentido, correspondió que el Informe N° 041-2013-OEFA/DS-HID se integre a la resolución, pues constituye el sustento de la misma. Del análisis del estudio de impacto ambiental, así como de los documentos y/o reportes presentados por PERU LNG S.R.L. al OEFA, se obtuvo que los resultados de los monitoreos de calidad de agua de mar excedían los valores establecidos en el Decreto Supremo N° 002-2008-MINAM antes men-

<sup>15</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de abril del 2001.

cionado. A criterio de los especialistas técnicos, dicho resultado se encontraba relacionado con el incremento progresivo de las concentraciones de metales pesados en los sedimentos marinos, incremento que, a su vez, influía en el fondo marino ubicado a los lados del muelle construido por el administrado. Esta construcción habría generado dos microsistemas de corrientes (lado norte y sur del muelle), desplazamiento de arena con concentración de metales, y pérdida de material de la línea de la costa localizada. Por lo expuesto y en virtud a las recomendaciones realizadas en el Informe N° 041-2013-OEFA/DS-HID, correspondió dictar mandatos de carácter particular, a fin de que el administrado realice determinadas acciones. La finalidad de los mandatos de carácter particular es garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental y asegurar el cumplimiento de los objetivos de la protección ambiental, de manera que el OEFA dispondrá la realización de auditorías, de estudios o generación de información relacionada con las actividades del administrado de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 29° del Reglamento de Supervisión Directa.

Como parte de las acciones que debe realizar la empresa PERU LNG S.R.L., está la elaboración de estudios multidisciplinarios que involucren el análisis de aspectos biológicos, físicos y químicos del ecosistema marino. En ese sentido, para cada mandato de carácter particular, se otorgó un plazo acorde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

De conformidad con lo establecido en la Ley General del Ambiente, aprobada por la Ley N° 28611; la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobada mediante Ley N° 29325; el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo N° 015-2006-EM; y el Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD, se resolvió disponer que PERU LNG S.R.L. cumpla los siguientes mandatos de carácter particular:

1. Desarrollar un estudio oceanográfico que permita conocer la situación actual del sistema de corrientes existente en la zona de Pampa Melchorita, realizando los análisis comparativos con lo reportado en el estudio de línea de base ambiental. Esto en un plazo de 7 meses.
2. Desarrollar reportes que incluyan la interrelación entre las variables abióticas y bióticas (análisis de la relación recurso-ambiente), a fin de determinar los posibles impactos de PERU LNG S.R.L. en el ecosistema marino donde se localiza la infraestructura, comparándolo con lo reportado en el estudio de línea de base ambiental. Esto en un plazo de 7 meses.

3. Incluir en los reportes información relevante del proyecto, como es el caso del “Relevamiento Morfológico Costero Puerto PERU LNG (Planta Pampa Melchorita)”, entre otros, que permita conocer la evolución del proceso de desplazamiento de arena procedente de la zona costera adyacente al proyecto. Esto en un plazo de 10 días.
4. Realizar estudios de dispersión de sedimentos e isotópicos, a fin de determinar las fuentes de procedencia de los metales pesados presentes en ambos lados de la estructura del muelle del terminal de PERU LNG S.R.L. Esto en un plazo de 7 meses.
5. Realizar un análisis ecotoxicológico de metales en organismos acuáticos, especialmente en peces y organismos bentónicos (entre ellos bivalvos), a fin de implementar las medidas de contingencia necesarias ante una posible bioacumulación de esta sustancia generada por estos organismos. Esto en un plazo de 7 meses.
6. Implementar medidas de mitigación y/o correctivas apropiadas ante: (i) el proceso de desplazamiento de arena que se viene desarrollando en la zona de línea de costa localizada en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de evitar el desplazamiento de las comunidades acuáticas existentes en la zona intermareal y submareal; así como (ii) para mitigar los impactos presentados en el ecosistema marino y en las actividades de pesca, ello en el marco de los compromisos ambientales asumidos en su EIA. Esto en un plazo de 8 meses.
7. Remitir copia de los reportes de ensayo con el sello, firma y membrete del laboratorio acreditado que los efectúa, a fin de corroborar la validez de los reportes. Esto es un plazo de 10 días. PERU LNG S.R.L. debía remitir al OEFA un cronograma de ejecución de cada uno de los mandatos dictados.

El Literal b) del Artículo 11º de la Ley Nº 29325 dispone que el ejercicio de la función de supervisión directa comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las normas, obligaciones e incentivos establecidos en la regulación ambiental por parte de los administrados. En tal sentido, el Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) tiene por finalidad establecer los criterios, modalidades y procedimientos aplicables al ejercicio de la función de supervisión directa a cargo del OEFA, en el marco de la legislación vigente.

El reglamento regula el ejercicio de la función de supervisión directa, que consiste en el seguimiento y verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables contenidas en: a) la normativa ambiental, b) los instrumentos de gestión ambiental, c) los mandatos o disposiciones emitidas por los órganos competentes del OEFA y d) otras fuentes de obligaciones ambientales fiscalizables. Asimismo, comprende también la verificación del cumplimiento de requisitos para el otorgamiento de incentivos. Respecto del ámbito de aplicación, el reglamento aprobado resulta aplicable a los administrados sujetos a la competencia de supervisión directa del OEFA, aun cuando no cuenten con permisos o autorizaciones ni títulos habilitantes para el ejercicio de sus actividades, de ser el caso.

Se precisa que la autoridad ambiental del OEFA, como parte de la finalidad preventiva de la supervisión directa, realiza las acciones necesarias para la obtención de medios probatorios que sustenten los hechos verificados, en relación con el cumplimiento de las obligaciones fiscalizables por el propio OEFA, como también para aportar al desarrollo de las investigaciones en materia ambiental que realiza el Ministerio Público u otros organismos públicos respecto de la constatación de obligaciones ambientales fiscalizables, a cargo de los administrados bajo su ámbito de competencias.

## V. EL SEIA CHILENO

La Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente contiene los principios reguladores de la gestión ambiental en Chile<sup>16</sup>. Uno de los principios es el de prevención, el cual se ubica en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), que fue diseñado con el fin de asegurar sostenibilidad en los proyectos de inversión. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), comprende un procedimiento administrativo cuyo objetivo es identificar y evaluar los impactos ambientales que un determinado proyecto o actividad genera. El SEIA determina qué proyectos serán pasibles de pasar por el SEIA debido a su magnitud, naturaleza, o localización en el entorno, en tanto son considerados susceptibles de causar impactos ambientales. Según Costa, Director Ejecutivo de la Corporación FIMA e investigador del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile “[l]a prevención está presente en el derecho ambiental chileno desde sus orígenes y se pone de manifiesto de manera especial en lo que se refiere al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Es en efecto la prevención, en la forma del Prin-

---

16 Ley N° 19.300.

cipio Preventivo, la que da buena parte del sustento lógico a la existencia de este sistema de evaluación, por lo que su observancia es clave para el éxito del mismo”<sup>17</sup>.

## VI. COLOMBIA Y ARGENTINA: MEDIDAS CAUTELARES

La legislación colombiana contempla herramientas operacionales de prevención bajo la forma de medidas cautelares. De acuerdo a lo señalado por Páez y Rodríguez: “Las medidas preventivas previstas en el régimen sancionatorio ambiental son una especie de las medidas cautelares consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque con algunas particularidades propias de su ámbito de aplicación, que es el derecho ambiental (...)”<sup>18</sup>.

En el caso argentino, la propia jurisprudencia nos da luces. Según lo señalado por Esain, “la prevención es plenamente operativa, incluso para los casos de actividades –como la ganadería– que no tengan una regulación legal específica. La Suprema Corte bonaerense –en una excelente sentencia– justificó a un municipio que obligó a prevenir el impacto ambiental aunque no exista en el ámbito de la ganadería mecanismo administrativo de prevención ambiental como el EIA. En esto la sentencia es un claro avance de significativa importancia”<sup>19</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

El derecho ambiental es más eficaz en la medida en que puede prevenir el daño ambiental, y por ello es importante el rol fiscalizador del Estado, que es un rol proactivo y de monitoreo permanente. En la legislación especial, como es el caso del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, se regula la disposición de las medidas preventivas y los mandatos de carácter particular por parte del OEFA, con la finalidad de asegurar la protección del ambiente y la eficacia de la fiscalización ambiental, independientemente de si se aprecian indicios de infracción administrativa en la actividad materia de supervisión directa.

17 COSTA, Ezio. “La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile”. *Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental*, año V, N° 5, diciembre 2013, p. 199.

18 PÁEZ, Iván et ál. “Las medidas preventivas ambientales, una aproximación desde el derecho administrativo”. *Revista Opinión Jurídica*, volumen 12, N° 23.

19 ESAIN, José. “Derecho ambiental. El principio de prevención en la nueva Ley General del Ambiente 25675”. *Estudio jurídico José Esain*. Consulta: 1 de abril del 2014. <www.jose-esain.com.ar>.



Con relación a los administrados, el reglamento delimita adecuadamente los alcances de importantes herramientas operativas, tales como las medidas preventivas y los mandatos de carácter particular, lo que facilita la comprensión de estas facultades administrativas.

Cabe señalar que las disposiciones del reglamento permiten que las actividades de supervisión tengan un mayor impacto en la prevención y protección ambiental, en tanto se regula la realización de supervisiones sin previo aviso, de forma inopinada, de manera más fluida y sin dilaciones, además de regular medidas preventivas que se impondrán ante el riesgo inminente de daños severos al ambiente, los recursos naturales o derivado de ellos, como la salud de las personas. Prevención significa adelantarse a la realización de hechos u actividades que pueden afectar el ambiente, dando cumplimiento cabal al sentido teleológico de las normas ambientales: proteger los ecosistemas, la fuente natural que permite proteger la vida y la salud de las personas.

## BIBLIOGRAFÍA

COSTA, Ezio

2013 "La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile". *Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental*. Año V, N° 5.

ESAIN, José

2014 "Derecho ambiental. El principio de prevención en la nueva Ley General del Ambiente 25675". Consulta: 1 de abril del 2014.

<[www.jose-esain.com.ar](http://www.jose-esain.com.ar)>

FRIANT-PERROT, Marine

2005 *Curso de derecho agroalimentario*. Edición Lexis Nexis.

GAMIO, Pedro

2010 "Energía en el Perú: ¿Hacia dónde vamos?". *Matriz energética en el Perú y energías renovables*. Tomo IV. Lima: Sinco Editores. Fundación Friedrich Ebert.

GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS

2013 "El fortalecimiento de la fiscalización ambiental". En GÓMEZ, Hugo (compilador). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pp. 13-35.

JAQUENOD, Silvia

2005 *Derecho ambiental*. Madrid: Dykinson.



PÁEZ, Iván y Gloria RODRÍGUEZ

2013 “Las medidas preventivas ambientales, una aproximación desde el derecho administrativo”. *Revista Opinión Jurídica*. Volumen 12, N° 23, Medellín. Consulta: 10 de abril del 2014.

<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94528404002>>

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

2008 *El cambio climático no tiene fronteras: Impacto del cambio climático en la Comunidad Andina*. Primera edición. Lima: Comunidad Andina. Consulta: 1 de abril del 2014.

<[http://www.comunidadandina.org/Upload/201166181345libro\\_cambioclimatico.pdf](http://www.comunidadandina.org/Upload/201166181345libro_cambioclimatico.pdf)>

## LAS MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ

### SUMARIO

*Este artículo tiene como objetivo mostrar la racionalidad y necesidad de la actuación del Estado para proteger el ambiente y evitar afectaciones conocidas como “daño ambiental”. Asimismo, hace referencia a la actuación del Estado para la protección del ambiente, a través del ejercicio de su función administrativa (vía regulación, supervisión y fiscalización). En ese contexto, se plantea y explican las medidas preventivas como medidas de derecho administrativo, introducidas en nuestra legislación mediante la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y su modificatoria, la Ley N° 30011.*

I. Introducción. II. La protección del ambiente y las características del daño ambiental. III. Las competencias del OEFA. IV. Las consecuencias aplicables al daño ambiental y las medidas preventivas. V. Las medidas preventivas y su vinculación con las funciones del OEFA. VI. Las medidas preventivas: Algunos aspectos procedimentales previstos en la ley. VII. Las medidas preventivas en el reglamento de supervisión directa del OEFA. VIII. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Este artículo presenta la racionalidad de la actuación del Estado para proteger el medio ambiente y la función administrativa que desempeña para alcanzar este fin, y –en ese contexto– el desarrollo de mecanismos de las denominados “medidas preventivas”.

En este artículo, presentamos el denominado daño ambiental desde una perspectiva funcionalista. Por ello, se recurre al concepto de “externalidad”, que proviene de la ciencia económica; y que servirá para explicar la naturaleza de dicho daño, sus efectos nocivos y la necesidad de enfrentarlo desde el sistema jurídico.

Asimismo, se hace una referencia a los diversos mecanismos jurídicos que el Estado puede utilizar para enfrentar dichos daños o externalidades. El artículo se centra en los mecanismos de regulación administrativa que son ejercidos por el Estado como parte de su función administrativa, y aborda específicamente las funciones y atribuciones del OEFA.

A continuación, se presentan las medidas preventivas introducidas en nuestro sistema jurídico por la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA)<sup>1</sup> y su modificatoria, la Ley N° 30011<sup>2</sup>.

## II. LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE Y LAS CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO AMBIENTAL

La Ley del SINEFA y la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente<sup>3</sup> –en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú– definen al ambiente, como un bien o una situación protegida jurídicamente<sup>4</sup>.

De esta manera, su afectación (el denominado “daño ambiental”) constituye una situación antijurídica<sup>5</sup> que genera consecuencias de índole administrativa, civil y penal.

---

1 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 del marzo del 2009.

2 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 del abril del 2013.

3 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 del octubre del 2005.

4 Esta visión se encuentra contenida, por ejemplo, en el Artículo 9° de la Ley General del Ambiente, que señala lo siguiente:

Artículo 9°.- Del objetivo

La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

5 En ese sentido, está planteado el Artículo 142° , Numeral 142.2 de la Ley General del Ambiente, que precisa que “daño ambiental” es todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

Las afectaciones (daños) al ambiente constituyen manifestaciones típicas de lo que la ciencia económica denomina externalidades negativas.

Las externalidades negativas se configuran por la existencia de dos elementos:

- a) La actuación (positiva u omisiva) de un sujeto (el causante de la externalidad), cuyas actividades de producción o consumo afectan negativamente la producción, patrimonio (activos), consumo o utilidad de otro sujeto (el afectado por la externalidad)<sup>6</sup>, individual o colectivamente considerado.

En el caso específico del daño al ambiente, se considera que esta actuación produce efectos a dos niveles: primero, de manera específica al ambiente; y, segundo, de manera adicional a individuos, en sus intereses particulares (este segundo nivel podría presentarse o no).

- b) La falta de un acuerdo o contrato entre el causante y el afectado, que permita la acción del primero y la afectación del segundo; así como los términos de la compensación correspondiente.

Esto significa que *–prima facie–* la acción unilateral del causante no le genera consecuencias a este. Inicialmente, el causante del daño no ha pagado previamente ni ha compensado posteriormente a la víctima del daño<sup>7</sup>.

Las normas configuradoras del derecho ambiental parecen haber *desdoblado* el daño en los dos ámbitos señalados previamente.

Por un lado, tenemos el daño patrimonial que se pueda haber causado a sujetos individuales determinados o determinables y, por otro, al ambiente<sup>8</sup> en sí

---

6 PARKIN, Michael. *Microeconomía: Versión para Latinoamérica*. México: Pearson Education, 2001, p. 344.

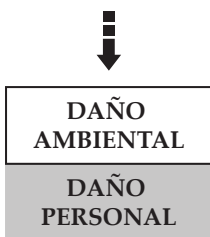
Las externalidades negativas son un caso de falla de mercado. Esto significa que provocan pérdidas de eficiencia o bienestar en la sociedad. Asimismo, generan exceso de actividad (de producción o de consumo) de parte del causante y “ahorros” injustificados de parte de este (por -no pagar o compensar a los sujetos afectados).

7 Ante esta situación, el Sistema Jurídico prevé mecanismos especiales como la responsabilidad civil extracontractual (propia del derecho civil), y mecanismos de regulación y fiscalización (propios del derecho administrativo).

8 El Artículo 2º de la Ley General del Ambiente señala lo siguiente:

mismo (como un bien jurídicamente protegido). Este último caso –al ambiente– debe entenderse como un daño al interés general, colectivo o difuso<sup>9</sup>.

**Gráfico 1**  
**Hecho dañoso (causante)**



**Elaboración propia**

Como es ampliamente reconocido desde el punto de vista jurídico, todo daño puede clasificarse en dos tipos: *daño emergente* y *lucro cesante*.

El daño emergente es la pérdida, detrimento, menoscabo o disminución (actual y presente) que sobreviene directamente del acto dañoso. El lucro cesante

---

“2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al ‘ambiente’ o a ‘sus componentes’ comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros”.

9 En esta línea, están planteados los artículos 142<sup>o</sup> y 143<sup>o</sup> de la Ley General del Ambiente:

Artículo 142<sup>o</sup> .- De la responsabilidad por daños ambientales

142.1 Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

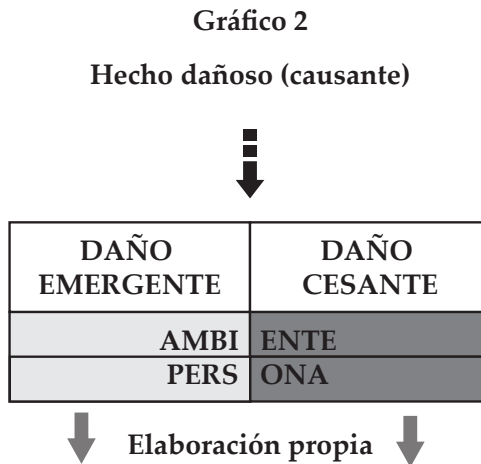
Artículo 143<sup>o</sup>.- De la legitimidad para obrar

Cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la presente Ley, contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental, de conformidad con lo establecido en el Artículo III del Código Procesal Civil.

lo conforma todo aquello que se ha dejado de percibir u obtener a futuro (a nivel probabilístico). En este último caso, estamos hablando de la frustración de un beneficio.

De conformidad con la configuración autónoma del ambiente como bien jurídicamente protegido, que ya hemos analizado, el daño puede generar dos efectos: daño al ambiente propiamente dicho y daño a sujetos individuales<sup>10</sup>.

Si graficamos dicha situación y la articulamos con la clasificación de daño emergente y lucro cesante, se presentarán las situaciones que el gráfico muestra a continuación:



Si se considera su carácter de externalidad negativa, desde la ciencia económica, se puede plantear una serie de medidas para enfrentarla. Una de esas medidas es la denominada *regulación administrativa*<sup>11</sup>.

La regulación administrativa, también denominada mecanismo de *comando y control, regulación y fiscalización o poder de policía*, permite que el Estado restrinja

<sup>10</sup> En este caso, el daño afecta a bienes jurídicos de la persona, como vida, salud, patrimonio, etc.

<sup>11</sup> Otros mecanismos planteados –que no discutiremos en el presente documento– son:

- Impuestos pigouvianos
- Establecimiento de titularidades
- Pago de incentivos
- Responsabilidad civil extra contractual

los niveles de libertad de actuación de los sujetos privados<sup>12</sup> en pro de la tutela de otros derechos y la reducción del riesgo de su afectación.

Los límites y condicionalidades a los derechos pueden implicar el establecimiento de obligaciones y deberes, prohibiciones, formas específicas de ejercicio del derecho, estándares de actuación, entre otras<sup>13</sup>.

Frente a estos límites y condicionalidades, el Estado (o la entidad de la Administración Pública) puede intervenir de dos maneras: (i) ex-ante (de manera previa), y (ii) ex-post (de manera posterior), a la actividad privada, que potencialmente podría ocasionar un daño ambiental.

Las licencias, permisos y autorizaciones son manifestaciones de actuación previa de la autoridad. Estas buscan verificar el cumplimiento de las normas (mediante la regulación) o la capacidad de cumplimiento por parte del particular, de manera que se reduzca la probabilidad de ocurrencia de un daño.

La supervisión, fiscalización y las sanciones administrativas son manifestaciones de actuación posterior de la autoridad. Se producen cuando el particular viola una norma (una regla o una regulación). En este caso, las sanciones funcionan como mecanismos de prevención (general o especial), que buscan inducir el cumplimiento de las normas (mediante la regulación administrativa). Las sanciones funcionan económicamente como un incentivo negativo, debido a que se aplican cuando no se cumplen las normas. Si los particulares quieren eludir la sanción deberán cumplir con las normas. Ese es justamente el efecto esperado de aplicar un sistema punitivo.

Debido al carácter de daño o externalidad negativa de las afectaciones al ambiente, la legislación ambiental ha establecido una serie de principios, condiciones y obligaciones vinculadas a la prevención, la internalización del daño causado, la restauración así como la compensación o reparación. Esto se ex-

---

12 Para la definición de poder de policía, ver DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

13 En el mundo anglosajón este tipo de intervención es conocida como *regulation* y tiene dos variantes, *social regulation* y *economic regulation*.

*Social regulation* es la delimitación del accionar de las empresas cuando existen situaciones de externalidades negativas, seguridad social, inequidad, entre otras. Por otro lado, *economic regulation* es el caso de los monopolios naturales, en los que se limita los derechos y libertades empresariales para afectar formas de producción, calidad, cantidad y precio regulado.

presa en diversas disposiciones de la Ley General del Ambiente que establecen medidas de naturaleza civil y administrativa (particularmente de este último tipo).

Complementariamente, la Ley del SINEFA ha establecido un sistema de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, a cargo de autoridades administrativas (y, por tanto, bajo el ámbito del derecho administrativo). Este sistema de evaluación y fiscalización ambiental constituye una expresión de la regulación administrativa establecida por el Estado para proteger el ambiente.

En ese contexto, se ha previsto la existencia de medidas preventivas, que detallaremos más adelante.

Preliminarmente, señalaremos que las medidas preventivas son medidas administrativas enmarcadas en el principio de prevención del daño al ambiente. Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(…) el principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado (…). En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial de la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los daños que se pueda ocasionar el medio ambiente” (Expediente N° 03343-2007-PA/TC).

Estas medidas administrativas están orientadas a evitar, prevenir y actuar antes de que un daño (ambiental) se concrete.

### III. LAS COMPETENCIAS DEL OEFA

El OEFA constituye el ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA) y cuenta con atribuciones y competencias específicas para ejercer cada una de las funciones mencionadas.

Sobre base de las disposiciones de la Ley General del Ambiente, el Decreto Legislativo N° 1013 - Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente<sup>14</sup> y la Ley del SINEFA, el OEFA tiene facultades para:

---

14 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de mayo del 2008.



- a) Supervisar las actividades realizadas por diversas entidades de fiscalización ambiental
- b) Iniciar procedimientos administrativos de fiscalización
- c) Determinar el incumplimiento de obligaciones ambientales
- d) Aplicar sanciones
- e) Dictar medidas cautelares
- f) Dictar medidas correctivas
- g) Dictar medidas restauración, rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del patrimonio natural de la nación

A partir de la modificatoria establecida en la Ley N° 30011, se incorpora –legalmente– la nueva potestad del OEFA para dictar *medidas preventivas*.

#### **IV. LAS CONSECUENCIAS APLICABLES AL DAÑO AMBIENTAL Y LAS MEDIDAS PREVENTIVAS**

En función a los principios y normas del marco ambiental específico ya señaladas, el causante del daño ambiental está sujeto a las siguientes medidas de parte de la autoridad administrativa:

- a) Medidas preventivas (categoría incorporada por la Ley N° 30011)
- b) Sanción administrativa
- c) Aplicación de medidas cautelares
- d) Aplicación de medidas correctivas
- e) Aplicación de medidas de restauración, rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del patrimonio natural de la nación

Las medidas preventivas han sido configuradas de manera tal que no requieren de un procedimiento administrativo sancionador; sin embargo, no es excluyente que se dicten dentro de un procedimiento de ese tipo.

Esto significa que las medidas preventivas podrían darse de manera autónoma, sin la necesidad de haberse instaurado un procedimiento administrativo sancionador. Cabe resaltar que no requieren de dicho procedimiento de manera previa, concurrente ni posterior. Asimismo, tampoco constituyen medidas cautelares, como veremos más adelante.

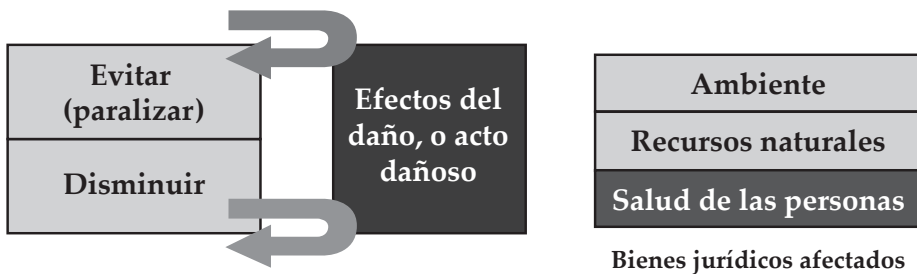
Estas medidas administrativas están orientadas a evitar, prevenir y actuar antes de que un daño (ambiental) se concrete. Su objetivo claro es evitar los efectos de un daño causado o mitigar el alcance de un acto dañoso en sí. Las medidas administrativas son una manifestación del principio de prevención.

El Artículo 22-A de la Ley del SINEFA caracteriza a las medidas preventivas de la siguiente manera:

- a) Constituyen mandatos de hacer o no hacer, es decir, establecen obligaciones activas u omisivas de parte del sujeto que recibe dicho mandato.
- b) Requieren de una situación de alto riesgo o inminente peligro, en otras palabras, que la probabilidad de su ocurrencia sea muy alta.
- c) Requieren la alta probabilidad de ocurrencia de alguno de los siguientes daños:
  - c.1 Daño grave al ambiente
  - c.2 Daño grave a los recursos naturales
  - c.3 Daño grave a la salud de las personas, como consecuencia de las afectaciones señaladas anteriormente
- d) Se pueden imponer para mitigar causas que generan daño o degradación ambiental.

Tal como aparecen configuradas, las medidas preventivas estarían destinadas evitar, bloquear, neutralizar (paralizar) o disminuir el impacto o efectos del acto dañoso sobre el ambiente, recursos naturales y la salud de las personas (para que dicho efecto no continúe). También, pueden ser utilizadas para evitar, bloquear, neutralizar (paralizar) o disminuir el alcance del acto dañoso en sí mismo.

**Gráfico 3**



**Elaboración propia**

Algunos ejemplos de medidas preventivas son el decomiso de bienes, la paralización o restricción de actividades, el cierre temporal o definitivo de establecimientos, entre otras.

Las medidas preventivas deben ser utilizadas por la autoridad administrativa con particular cuidado, ya que parecen haber sido diseñadas para enfrentar situaciones especiales en las que existe un inminente peligro de gran daño o una alta probabilidad de ocurrencia de daño grave. Además, debe analizarse si la medida a imponerse resulta adecuada frente a la magnitud del daño, su probabilidad de ocurrencia y el hecho dañoso.

En ese sentido, la autoridad administrativa deberá ocuparse de analizar previamente, si en el caso concreto se configuran dichos elementos habilitadores de una medida preventiva.

Las medidas preventivas son mecanismos potentes, por lo que deben ser utilizados solamente ante casos o situaciones particularmente graves. Asimismo, deben ser diferenciadas de las sanciones administrativas, las medidas cautelares y las medidas correctivas.

- a) Las sanciones administrativas derivan de la potestad sancionadora de las entidades de la Administración Pública, manifestación de la potestad punitiva del Estado. En virtud de esta facultad administrativa, el Estado puede imponer –intencional y válidamente– un mal, un perjuicio, una afectación a un sujeto<sup>15</sup> como respuesta (represión) a la violación a un deber o una obligación legalmente establecida (una infracción), realizada por este último.

En el caso de la sanción administrativa, esta es impuesta por una entidad de la Administración Pública<sup>16</sup>, luego del procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

Dado que se trata del ejercicio del poder punitivo del Estado, la potestad sancionadora de la Administración Pública se rige por una serie de principios y garantías, como los de legalidad (de la infracción y de la sanción administrativa), tipicidad (de la infracción), irretroactividad, debido procedimiento, entre otros<sup>17</sup>.

La aplicación de una sanción administrativa tiene por finalidad castigar al infractor para prevenir una nueva acción similar en el futuro (prevención especial), pero también puede constituir una medida preventiva general,

---

15 La sanción puede consistir en la limitación o privación de un derecho o atribución del sujeto sancionado; o en la creación de un gravamen (la imposición de un deber pecuniario o de otra naturaleza).

16 Frente al caso de la sanción penal que es impuesta por el Poder Judicial.

17 En nuestro sistema jurídico, tales principios están establecidos en el Capítulo II del Título IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

que muestre a los demás sujetos los efectos que tendría el incumplimiento de sus obligaciones legales (prevención general).

Como ya se ha señalado, el objetivo punitivo es generar un incentivo negativo, que induzca a los sujetos a cumplir o acatar las obligaciones que les han sido establecidas legalmente.

- b) Las medidas cautelares administrativas constituyen mecanismos accesorios a un procedimiento sancionador. Como en el derecho procesal, estas medidas son adoptadas por la autoridad administrativa para hacer posible el cumplimiento futuro de la resolución que establece una sanción.
- c) Las medidas correctivas en cambio tienen una finalidad de reversión, restitución o reparación y están orientadas a recomponer el estatus afectado por la comisión de la infracción. Esto significa que buscan restituir, restaurar o recomponer la situación o estado de cosas al momento previo a la infracción. Estas medidas siempre se dan en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.
- d) Las medidas cautelares administrativas y las medidas correctivas ya se encuentran previstas en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>18</sup> (LPAG) y en diversas normas especiales que regulan el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública<sup>19</sup>.

## V. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS Y SU VINCULACIÓN CON LAS FUNCIONES DEL OEFA

El Artículo 11° de la Ley del SINEFA (modificado por la Ley N° 30011) establece que el OEFA cuenta con las funciones evaluadora, supervisora (directa e indirecta), y fiscalizadora y sancionadora.

---

18 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de abril del 2001.

19 En el caso de las medidas cautelares, la LPAG establece lo siguiente:

Artículo 236°.- Medidas de carácter provisional.

- 236.1 La autoridad que instruye el procedimiento podrá disponer la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el Artículo 146 de esta Ley.
- 236.2 Las medidas que se adopten deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretende garantizar en cada supuesto concreto.
- 236.3 El cumplimiento o ejecución de las medidas de carácter provisional que en su caso se adopten, se compensarán, en cuanto sea posible, con la sanción impuesta.

La necesidad, conveniencia u oportunidad de la imposición de medidas preventivas puede darse en el marco y como consecuencia del ejercicio de las funciones que corresponden a la OEFA, particularmente en el ejercicio de las funciones de supervisión directa, y fiscalizadora y sancionadora. Ello, justamente porque en ejercicio de tales funciones, el OEFA puede tomar conocimiento de actos dañosos (hechos generadores) o de graves afectaciones al ambiente (daños).

Como señala la referida Ley, la función evaluadora comprende las acciones de vigilancia, monitoreo y otras similares que realiza el OEFA para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales. La función de supervisión directa implica la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación del cumplimiento de obligaciones establecidas en la regulación ambiental para los administrados. La Ley del SINEFA señala específicamente que en esta etapa se pueden dictar medidas preventivas.

La función fiscalizadora y sancionadora comprende la facultad de investigar la posible comisión de infracciones administrativas y la de imponer sanciones. La citada Ley señala específicamente que esta facultad comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

---

Artículo 237<sup>o</sup>.- Resolución

- 237.1 En la resolución que ponga fin al procedimiento no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.
- 237.2 La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva.
- 237.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

En el caso de las medidas correctivas, la LPAG establece lo siguiente:

Artículo 232<sup>o</sup>.- Determinación de la responsabilidad

- 232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.

## VI. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS: ALGUNOS ASPECTOS PROCEDIMENTALES PREVISTOS EN LA LEY

La aplicación de una medida preventiva se expresa en un mandato particular, de hacer o no hacer. En ese sentido, le resultan aplicables a las medidas preventivas, las disposiciones del Artículo 16-A, de la Ley del SINEFA (modificado por la Ley N° 30011). Esto, porque las medidas preventivas dictadas tienen carácter obligatorio, razón por la cual son exigibles al administrado. Es por ello que el incumplimiento de una medida preventiva ya dictada, constituye una infracción y resulta sancionable, mediante un procedimiento administrativo sancionador.

Las medidas preventivas dictadas, en tanto mandatos particulares, pueden ser impugnadas administrativamente, pero sin efecto suspensivo. En tal virtud, dichos mandatos mantienen su ejecutoriedad.

A las medidas preventivas les resulta también aplicable el Artículo 20-A de la Ley del SINEFA (modificado por la Ley N° 30011). En ese sentido, debemos tener presente que las demandas judiciales (contencioso administrativa, de amparo u otras) no interrumpen ni suspenden los procedimientos de ejecución coactiva de las resoluciones emitidas por el OEFA (incluyendo las medidas preventivas).

Adicionalmente, si en el marco de un proceso judicial se plantea una medida cautelar, se deberán tomar en cuenta las siguientes reglas:

- a) La contracautela a exigirse no puede ser una caución juratoria. Debe exigirse una contracautela de naturaleza personal o real.
- b) Si se ofrece una contracautela personal, esta debe consistir en una carta fianza otorgada por una entidad financiera de primer orden, sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondo de Pensiones.
- c) La garantía otorgada debe tener una vigencia no menor a doce (12) meses y debe mantenerse vigente durante el tiempo de duración de la medida cautelar.
- d) Si la contracautela es real, esta debe ser de primer rango.
- e) El OEFA puede solicitar a la autoridad judicial la variación de la contracautela si esta ha devenido en insuficiente.

Si la medida preventiva se encuentra a nivel de la ejecución coactiva y esta es sometida a revisión, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 26979 - Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva<sup>20</sup>, dicha ejecución coactiva se suspenderá solamente si el cumplimiento de la obligación es garantizado con contracautela, la cual debe sujetarse a las reglas indicadas en el Artículo 20-A de la Ley del SINEFA, tal como hemos indicamos precedentemente.

## VII. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DIRECTA DEL OEFA

El desarrollo de las medidas preventivas se puede apreciar en el Reglamento de Supervisión Directa del OEFA (aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD<sup>21</sup>). Esto se aplica para los casos que se produzcan en el marco de las acciones de supervisión directa.

Este reglamento tiene una definición de *medida preventiva*, similar a la establecida en la ley del SINEFA<sup>22</sup>. Además, establece que los tipos específicos de medidas preventivas que se pueden dictar son<sup>23</sup>:

- a) La clausura temporal, parcial o total del local, establecimiento o instalaciones en las que se lleva a cabo la actividad que pone en riesgo al ambiente o la salud de las personas.

---

20 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de setiembre de 1998.

21 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de febrero del 2013.

22 El Artículo 22<sup>o</sup> Literal j) del Reglamento de Supervisión Directa del OEFA define una *medida preventiva* en los siguientes términos:

“Disposición a través de la cual se ordena al administrado la ejecución de una obligación en particular —sea de hacer o no hacer— cuando se evidencia un peligro inminente o alto riesgo de la generación de daño grave al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas, así como también para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental”.

El Artículo 22<sup>o</sup> del referido cuerpo normativo señala que:

“Corresponde disponer una medida preventiva cuando se evidencie un hallazgo relativo a un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales o, derivado de ellos, a la salud de las personas, así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental, independientemente de si se aprecian o no indicios de infracción administrativa en la actividad materia de supervisión directa”.

23 Artículo 24<sup>o</sup> del reglamento citado.

- b) La paralización temporal, parcial o total de las actividades que ponen en riesgo al ambiente o la salud de las personas.
- c) El decomiso temporal de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados que ponen en riesgo al ambiente o la salud de las personas.
- d) La destrucción o acción análoga de materiales o residuos peligrosos que pongan en riesgo al ambiente o la salud de las personas.
- e) De manera genérica, cualquier otra medida idónea para alcanzar los fines de prevención.

El Reglamento de Supervisión Directa señala que las medidas preventivas deberán ejecutarse dentro del plazo establecido, de manera improrrogable. Esto se explica por su carácter preventivo y urgente, considerando que pretenden enfrentar riesgos con alta probabilidad de ocurrencia o hechos dañosos inminentes.

En caso de no ejecutarse la medida preventiva, la autoridad administrativa podrá ejecutarlas por cuenta y costo del administrado<sup>24</sup>. La autoridad administrativa también actuará directamente, en los siguientes casos:

- a) En caso de que no se haya podido identificar al administrado responsable de implementar la medida y la demora en su determinación constituya un peligro de que se produzcan daños graves al ambiente y la salud de las personas.
- b) Cuando existan diversos administrados responsables de adoptar la medida preventiva y no sea posible una distribución eficaz en el tiempo y en el espacio, de manera que se garantice su correcta ejecución.
- c) Cuando la gravedad y la trascendencia del posible daño así lo demanden.

El Reglamento de Supervisión Directa establece que para dictar las medidas preventivas deben considerarse preferentemente los principios de prevención, razonabilidad y proporcionalidad. Esta, probablemente, sea la disposición más importante de dicho reglamento respecto de las medidas preventivas, ya que constituyen patrones de evaluación que la autoridad administrativa debe tomar en cuenta para dictarlas.

---

<sup>24</sup> Artículo 25º del reglamento.



El principio de prevención requiere que se verifique la existencia de una situación de alto riesgo o inminente peligro<sup>25</sup>, con el fin de actuar de manera previa a la ocurrencia del hecho dañoso o al daño.

El principio de razonabilidad exige que se determine que la medida preventiva es útil o necesaria para preservar el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas. Esto, justamente, al evitarse la ocurrencia del daño o del hecho dañoso.

El principio de proporcionalidad exige que se verifique que la medida preventiva cumple con los criterios de adecuación, necesidad y medida proporcional, en relación con el hecho dañoso, el daño que podría ocasionarse y su probabilidad de ocurrencia.

El criterio de adecuación requiere un análisis de la causalidad de la medida preventiva y su efecto ante el hecho dañoso o el daño, es decir, si la medida efectivamente “sirve” para prevenirlos. En ese sentido, se violaría este criterio si se impone una medida que no tenga relación o efecto sobre el hecho dañoso o el daño.

El criterio de necesidad exige determinar si la medida preventiva es la mejor o la más conveniente entre otras medidas que, alternativamente, se podrían imponer. Este criterio exige que la autoridad analice la existencia de varias alternativas (de medidas preventivas), para alcanzar el objetivo deseado. La determinación del análisis de conveniencia exige un análisis de eficiencia, dado que podrían existir varias alternativas que sean igualmente idóneas para conseguir el objetivo (evitar o disminuir el hecho dañoso o el daño), pero que tengan costos de implementación distintos. El análisis de necesidad exige determinar cuál sería la medida que, siendo igualmente eficaz, implica un costo menor para el administrado.

Finalmente, el criterio de medida proporcional exige analizar la intensidad, gravedad u onerosidad de la medida preventiva (para el administrado) frente al impacto del hecho dañoso o del daño que se pretenda evitar. Este último criterio consiste en un análisis de eficiencia, ya que se requiere que se analice si el costo de la medida es menor al daño que se quiere evitar (el beneficio a obtener por la imposición de la medida). En ese sentido, se violaría este criterio si se impone una medida preventiva ineficiente, cuyo costo sea superior al daño que se quiere evitar (el beneficio).

---

25 Que es justamente el caso de una situación con una probabilidad de ocurrencia muy alta, de modo se puede deducir claramente la afectación al ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.

## VIII. CONCLUSIONES

1. La configuración y efectos del daño ambiental puede explicarse desde la perspectiva económica, bajo el concepto de “externalidad”. Además, la perspectiva económica también permite entender, con mayor claridad, los diversos mecanismos que el Estado, a través del sistema jurídico, utiliza para enfrentar el daño ambiental.
2. La actuación del OEFA se da como parte de las acciones de regulación administrativa que el Estado desarrolla. Esas acciones de regulación administrativa son parte de su función administrativa.
3. Las medidas preventivas en materia ambiental responden al principio de prevención, ya reconocido por nuestro Tribunal Constitucional. Su finalidad específica es evitar daños o mitigar sus consecuencias.
4. Las medidas preventivas constituyen una categoría distinta a las sanciones administrativas, medidas cautelares y medidas correctivas.
5. La medida preventiva debe considerarse como una medida excepcional. La autoridad debe realizar un análisis previo para poder dictarla. Para tal efecto, deben tenerse en cuenta, preferentemente, los principios de prevención, razonabilidad y proporcionalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

PARKIN, Michael

2001 *Microeconomía: versión para Latinoamérica*. México DF: Pearson Education.

DROMI, Roberto

2001 *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

## ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES DE SUPERVISIÓN DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA) COMO ENTE RECTOR DEL SINEFA

ARTURO DELGADO VIZCARRA

### SUMARIO

*En este artículo, el autor analiza a profundidad las funciones del OEFA como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, así como las funciones supervisoras que esta institución posee. Para entender integralmente ello, aborda, a su vez, la base constitucional que regula el funcionamiento de los sistemas y organismos estatales en materia ambiental, la Ley General del Ambiente y los sistemas ambientales que componen el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Asimismo, realiza como una breve referencia a la creación del Ministerio del Ambiente.*

I. Introducción metodológica. II. Conceptos preliminares. III. Nuestra Constitución Política. IV. La Ley N° 28611, Ley General del Ambiente: los sistemas ambientales. V. El Decreto Legislativo N° 1013 - Ley de creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente. VI. Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (modificada por la Ley N° 30011). VII. Definiciones de sistemas y ente rector. VIII. Funciones rectoras del OEFA. IX. Funciones supervisoras del OEFA. X. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

La creación de instituciones estatales y la formulación de políticas públicas son –de acuerdo a nuestra experiencia en el sector público– producto de tendencias que van marcándose históricamente y que el derecho analiza mediante interpretaciones históricas y sistemáticas. En ese sentido, en el presente artículo se analizará la función rectora y de supervisión que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cumple. Bajo ese contexto, se utilizará

un acercamiento progresivo, brindando al lector el contexto jurídico, técnico y de gestión pública inherente a dichos temas. Este análisis servirá no solo para entender el escenario actualmente legislado, sino también cualquier modificación futura que eventualmente pudiera dictarse, así como los distintos entendimientos que pudieran tener de las normas los funcionarios especializados que, en mayor o menor grado, han vivido estos derroteros y se pronuncian atendiendo a su experiencia.

## II. CONCEPTOS PRELIMINARES

Actualmente, existen múltiples indicadores científicos que muestran claras señales de que la intervención del hombre en la naturaleza y el ambiente debe tener una nueva orientación, a efectos de no alterar los ciclos naturales. Lamentablemente, este ideal hoy es un imposible, ya que en cifras aproximadas, la población mundial es de 7 000 millones de personas, la del Perú supera los 30 millones de personas<sup>1</sup> y solo la de Lima Metropolitana alcanza los 8 millones y medio<sup>2</sup> de personas.

Si pensamos exclusivamente en las personas y sus necesidades básicas –alimentación, salud, vestido y vivienda–, inmediatamente tendremos como conclusión que todos los recursos vinculados a la provisión de dichas necesidades básicas para la población mundial se consiguen, todos los días, directa o indirectamente, de la naturaleza: la pesca, ganadería, agricultura para alimentación, agricultura o procesamientos químicos para el vestido o la salud, y la extracción de minerales para vivienda son pequeñas muestras de todo lo que en conjunto hacemos los habitantes del planeta para el sostenimiento de nosotros mismos.

Las cifras aumentan exponencialmente cuando abordamos las necesidades y las actividades de la sociedad en su conjunto. La justicia, defensa o seguridad ciudadana son necesidades de las personas que requieren más recursos cuya fuente directa o indirecta es, nuevamente, la naturaleza.

---

1 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *11 de julio día mundial de la población. Documento de trabajo*. Lima. Consulta: 11 de abril del 2014.  
<<http://www.unfpa.org.pe/Articulos/Articulos/INEI-Estado-Poblacion-Peruana-2013.pdf>>

2 EL COMERCIO. "Lima tiene 8'500.842 habitantes: ¿Hay más hombres o más mujeres?". *Portal de El Comercio*. Lima, 2013. Consulta: 11 de abril del 2014.  
<<http://elcomercio.pe/lima/sucesos/lima-tiene-8500842-habitantes-hay-mas-hombres-mas-mujeres-noticia-1524307>>

Tomando en consideración las razones expuestas, además de muchas otras de carácter técnico y económico, el ambiente se configura como tema fundamental para la formulación de políticas públicas, generación de legislación especializada y, por supuesto, para la creación de una organización estatal dedicada a ella.

Desde el punto de vista político, la población rural y la alejada de las zonas urbanas observan, continuamente, cómo la naturaleza tal como la conocían se ha alterado: los espacios naturales se reducen y los recursos escasean. Los habitantes de la urbe perciben también dicha degradación: la polución del aire, los ríos que discurren por las urbes, los desechos sólidos y otros son grandes muestras de como afectamos nuestro entorno. Estas situaciones hacen que se demanden soluciones al Estado, el cual por su parte, reacciona estableciendo una serie de condiciones y requisitos a la intervención en la naturaleza, desde licencias para la explotación de recursos naturales hasta licencias sociales. En suma, puede decirse que, desde una mirada económica, estamos ante un escenario donde se generan externalidades negativas en la producción de bienes y servicios que hacen necesario que el Estado se pronuncie para retomar el equilibrio.

Pero sucede, y ello es compatible con la naturaleza humana, que la población quiere alejar de sí todo aquello que percibe que le hace daño o pueda afectarla; es en ese momento que se rompe el equilibrio, y la acción política, en búsqueda de su mercado de votantes, de la aceptación popular, procurará ejercer poder sobre el Estado para que tal alejamiento se concrete.

El gran problema ocurre cuando tal alejamiento o desaparición afecta no solo a la población que la ha reclamado, y cuando se ve perjudicada la economía regional o, peor aún, la nacional. Ahí le corresponde al Estado nuevamente actuar, esta vez, para restituir el orden y el equilibrio.

Pensemos en una intervención económica claramente intrusiva en el ambiente: la extracción de madera en nuestra selva. Quien quiera ejecutarla deberá obtener una concesión forestal, cumplir una serie de trámites y comprometerse frente al Estado a un gran conjunto de acciones e inacciones.

Teniendo en cuenta ese contexto, hagamos un análisis muy sencillo, empezando por el lado positivo. ¿Cuáles son los beneficios que obtiene la sociedad con dicha extracción? En primer lugar, la madera es un recurso económico de vital importancia para cubrir nuestras necesidades; en segundo lugar, su extracción genera empleo; y finalmente, a través de ella se recaudan tributos.

¿Cuáles son, por su parte, los perjuicios? Los árboles talados afectarán el entorno natural, habrá menos generadores de oxígeno en la naturaleza, el hábitat

de animales se reducirá, la recolección de frutos se hará más complicada, y los recursos para los nativos de la zona escasearán, solo por mencionar algunos.

Ante la contradicción esbozada entre beneficios y perjuicios, ¿qué hace el Estado? La respuesta se da en una palabra: regula. Usa sus poderes, facultades y atribuciones, y dicta una serie de normas con reglas que, en lo posible, generan un equilibrio entre la necesaria explotación y la afectación que esta genera.

La idea principal consiste entonces en que cualquiera puede iniciar la extracción de madera, siempre que se cumpla con todos los trámites, estudios y gestiones para realizar dicha actividad, así como con todas las obligaciones y compromisos derivados de tal extracción.

Amparados en la ley, tanto quien extrae madera como quien se ve afectado por la explotación del bosque, tienen protegidos sus intereses, y el Estado, con la expresión legal, cumplirá su finalidad y cautelará el interés común.

Este es nuestro punto de partida: el Estado ejerce autoridad para regular, autorizar, vigilar o supervisar que la legislación, los compromisos y obligaciones se cumplan, y si se incumplen, para sancionar tales incumplimientos.

Son varios los elementos en juego: la autoridad brindada por la ley; la legitimidad brindada por la confianza que tiene, o debería tener la población en el Estado, y la creencia de que los actores económicos actuarán, cuando menos, de acuerdo a lo regulado.

Estos elementos se encuentran, en términos ideales, en un complejo equilibrio, que, lamentablemente, la realidad se ocupa constantemente de alterar.

### III. NUESTRA CONSTITUCIÓN POLÍTICA<sup>3</sup>

La base constitucional que regula el funcionamiento de los sistemas y organismos estatales dedicados al ambiente se encuentra, entre otros, en los siguientes artículos<sup>4</sup>:

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

---

3 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 1993.

4 La presente reseña constitucional está enfocada en la temática del presente trabajo; es decir, en las funciones rectoras y de supervisión del OEFA.

Artículo 67º. El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Artículo 68º. El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

La interpretación de estos artículos nos lleva a afirmar que:

- a) Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado: Todos somos personas, nacionales y extranjeros; es una función que el Estado se ha autoimpuesto sin limitaciones de nacionalidad.

Por otro lado, se proclama que tenemos derecho a gozar de un ambiente equilibrado. La Real Academia Española consigna los siguientes significados para el verbo *gozar*<sup>5</sup>:

gozar

(De gozo).

1. tr. Tener y poseer algo útil y agradable. Gozar de sus riquezas.

2. tr. Tener gusto, complacencia y alegría de algo. U. t. c. prnl.

(...)

4. intr. Sentir placer, experimentar suaves y gratas emociones U. t. c. prnl. Gozarse en la suerte de los demás.

5. intr. Tener alguna buena condición física o moral. Gozar DE buena salud, vitalidad, estimación, fama.

~la.

1. loc. verb. Pasarlo bien, disfrutar con alguien o algo.

Nótese que, en todos los casos, la connotación del verbo *gozar* siempre es positiva y subjetiva: el gozo genera sensaciones positivas y agradables para quien lo percibe. En consecuencia, si estamos hablando de percepciones y sensaciones, estamos hablando de subjetividad. Dicho de otro modo, el gozo es producto de una percepción personal, lo cual implica que, lo que para algunos es un gozo, para otros será un padecimiento.

Es evidente que el Estado no puede procurar el gozo de todos, sobre todo si este es subjetivo; es imposible complacer a todos al mismo tiempo. De acuerdo con lo mencionado, ante la imposibilidad fáctica, el Estado deberá establecer un balance adecuado para que la sensación positiva se extienda

---

5 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. *Diccionario de la lengua española*. Consulta: 2 de abril del 2014. <<http://lema.rae.es/drae/?val=gozar>>

a aquellos grupos humanos que, según su prioridad política, deban tenerla. Del otro lado, siempre habrá alguien, pensado o no, que percibirá el resultado de la decisión estatal de manera negativa y no gozosa.

El desarrollo de una vida equilibrada y adecuada (en la medida que es un derecho de toda persona) puede tener múltiples lecturas dependiendo de quién o qué deba entenderse como objeto de tal equilibrio y, por supuesto, a qué vida nos estamos refiriendo.

Hemos iniciado nuestra argumentación indicando que la acción humana, imprescindible para suplir nuestras necesidades, genera desequilibrios en la naturaleza. En ese sentido, podríamos concluir que deben evitarse tales intervenciones en la búsqueda de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de nuestra vida.

Desde otro punto de vista, se podría pensar que tal equilibrio y adecuación deben darse estableciendo un balance entre las necesidades humanas y el ambiente. Este modo de pensar nos lleva a otras conclusiones en las que la intervención humana no se reduce, sino que se regula.<sup>6</sup>

Debe destacarse además que, en tanto el ambiente no solo se refiere a la naturaleza sino al entorno que nos rodea, el derecho que nos otorga nuestra Constitución Política se refiere también al ámbito urbano. Bajo esa lógica,

---

6 Al respecto, la Resolución N° 3510-2003-AA/TC, publicada el 30 de junio del 2005, y citada en el *Compendio de legislación ambiental del Ministerio del Ambiente* (<http://www.minam.gob.pe/legislaciones/minam-publica-compendio-de-legislacion-ambiental-peruana/>), en el caso Julio César Huayllasco Montalvo dice lo siguiente:

“Se ha considerado que esta relación se guía por siete principios: En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función a los principios siguientes: a) *el principio de desarrollo sostenible o sustentable* (que merecerá luego un análisis); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) *el principio de prevención*, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) *el principio de restauración*, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) *el principio de mejora*, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) *el principio precautorio*, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) *el principio de compensación*, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables”.



podríamos accionar constitucionalmente si es que, por ejemplo, la zonificación establecida por una municipalidad nos impide el goce de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de nuestra vida.<sup>7</sup>

- b) El Estado debe aprobar una política nacional del ambiente. Corresponde, en tal sentido, tener presentes varios puntos. La política es nacional, tal como lo afirma la Constitución Política. Bajo ese contexto, el organismo que debe dictar dicha política debe contar con competencia, jurisdicción nacional y facultades rectoras. En este caso nos estaríamos refiriendo al el Ministerio del Ambiente (Minam).

Como toda política, esta deberá procurar el interés general o, eventualmente, algunos intereses diferenciados por alguna caracterización que justifique la distinción.

El Artículo 67<sup>o</sup> de la Constitución Política ha dispuesto que el Estado promueva el uso sostenible de los recursos naturales. Ello quiere decir que la intervención del hombre sobre este tipo de recursos no está proscrita, sino más bien será promovida siempre que sea sostenible. En ese sentido, se obliga a la Administración Pública nacional a dictar regulaciones que orienten o promuevan la utilización sostenible de los recursos naturales; *contrario sensu*, las actividades no sostenibles no serán promovidas, pero tampoco serán, por ausencia de esta condición, prohibidas.

- c) Se deberá promocionar, de igual manera, la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

#### **IV. LA LEY N° 28611, LEY GENERAL DEL AMBIENTE: LOS SISTEMAS AMBIENTALES**

La Ley General del Ambiente<sup>8</sup> crea varios sistemas de gestión y políticas ambientales; así en sus artículos 14<sup>o</sup> y 15<sup>o</sup> establece funciones para el Sistema Nacional de Gestión Ambiental:

Artículo 14<sup>o</sup>.- Del Sistema Nacional de Gestión Ambiental

14.1 El Sistema Nacional de Gestión Ambiental tiene a su cargo la integración funcional y territorial de la política, normas e instrumentos de gestión, así

---

<sup>7</sup> Se debe entender que esta acción cumple todos los requisitos previos dispuestos por la normativa procesal constitucional.

<sup>8</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre del 2005.

como las funciones públicas y relaciones de coordinación de las instituciones del Estado y de la sociedad civil, en materia ambiental.

- 14.2 El Sistema Nacional de Gestión Ambiental se constituye sobre la base de las instituciones estatales, órganos y oficinas de los distintos ministerios, organismos públicos descentralizados e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local que ejercen competencias y funciones sobre el ambiente y los recursos naturales; así como por los Sistemas Regionales y Locales de Gestión Ambiental, contando con la participación del sector privado y la sociedad civil.
- 14.3 La Autoridad Ambiental Nacional es el ente rector del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

#### Artículo 15º.- De los sistemas de gestión ambiental

El Sistema Nacional de Gestión Ambiental integra los sistemas de gestión pública en materia ambiental, tales como los sistemas sectoriales, regionales y locales de gestión ambiental; así como otros sistemas específicos relacionados con la aplicación de instrumentos de gestión ambiental.

La lógica para el establecimiento de un Sistema Nacional de Gestión Ambiental es, en nuestra visión, bastante práctica. Es imposible que la gestión ambiental pueda ser centralizada, ya que hay demasiadas especialidades e intereses en juego y, por lo tanto, distintas autoridades dedicadas a esa parte especial del ambiente, con diversas competencias y facultades. La pesca, la minería o la extracción forestal, solo por señalar tres, requieren de organismos especializados con ubicaciones geográficas distintas, técnicas distintas y otros. En consecuencia, es imprescindible regular el conjunto, sistematizarlo y, de ser posible, establecer políticas públicas comunes.

Bajo ese contexto, a través del Artículo 24º de la Ley General del Ambiente, se crea el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental para evaluar los impactos significativos de obras, servicios y otras actividades. Del mismo modo, en el Artículo 35º de dicha norma se crea el Sistema Nacional de Información Ambiental, como una red de integración tecnológica, institucional y técnica para facilitar la sistematización, acceso y distribución de la información ambiental, así como para el uso e intercambio de información para los procesos de toma de decisiones y de la gestión ambiental. Finalmente, vale la pena mencionar el Artículo 107º, el cual reconoce al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, creado en normativa anterior.

Respecto de la fiscalización, el Capítulo I del Título IV de la norma citada, indica que esta comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realizan la autoridad ambiental nacional

y las demás autoridades competentes, a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones en las normas ambientales. Cabe resaltar que están sometidas a dichas acciones las personas que generen impactos ambientales significativos y aquellas que la autoridad ambiental nacional y las demás autoridades competentes determinen.

## **V. EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1013 - LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE<sup>9</sup>**

El Ministro de Estado, de acuerdo al Artículo 119° de la Constitución Política del Perú, es el encargado de llevar adelante una cartera con asuntos sectoriales. Es, en el contexto de la Administración Pública, un funcionario con reconocimiento constitucional y poder instituido desde nuestra norma fundamental. Por estas razones, no es extraño que, cuando una temática alcanza complejidades especiales, sea nacional y requiera el establecimiento de políticas centrales, exista la tendencia de crear un ministerio. Así sucedió con el ambiente y la cultura, discutiéndose en la actualidad la eventual creación de un ministerio para el deporte.

¿La creación del Minam fortaleció la institucionalidad de un sector que por naturaleza es disperso y especializado? Consideramos que sí, al haber sido esta creación fundamental para articular las políticas, y darles un sentido nacional y unívoco. También es cierto que estos esfuerzos son recientes y la problemática es compleja, pero la creación de dicho ministerio se justifica plenamente. Así, mediante Decreto Legislativo N° 1013, se creó el Minam como el ente rector del sector ambiente en el nivel nacional.

En ese sentido, es fundamental recordar que, según indica el Numeral 22.2 de la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo<sup>10</sup> (LOPE), los ministerios<sup>11</sup> diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas; por lo tanto, la creación de un ministerio ayuda a la institucionalización de un tema y a la priorización de determina-

---

9 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 14 de mayo del 2008.

10 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de diciembre del 2007.

11 En aplicación del principio de subsidiariedad, los ministerios deberían concentrarse en la rectoría de políticas públicas nacionales, incluyendo en ello el diseño, formulación y evaluación de las políticas. Siguiendo este esquema la ejecución de las políticas públicas, corresponde a instancias descentralizadas, es decir, a los organismos públicos ejecutores o a los gobiernos subnacionales.

da problemática y se obtiene la importante ventaja de contar con un ministro como responsable político de la materia plenamente identificado.

En la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, se crea al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA:

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde.

Sus funciones básicas serán las siguientes:

- a) Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos previstos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por ley
- b) Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda
- c) Elaborar y aprobar el Plan Anual de Fiscalización Ambiental, así como elaborar el informe de resultados de aplicación del mismo
- d) Realizar acciones de fiscalización ambiental en el ámbito de su competencia.
- e) Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización establecidas por la legislación vigente
- f) Emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.
- g) Informar al Ministerio Público de aquellos hechos de naturaleza penal que conozca en el ejercicio de su función

En la medida que la creación del MINAM representa un ajuste en la institucionalidad del sector ambiente, es importante revisar el conjunto de los sistemas revisados y establecer sus relaciones:



Elaboración propia

## VI. LEY Nº 29325 - LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL<sup>12</sup> (MODIFICADA POR LA LEY Nº 30011<sup>13</sup>)

Como hemos mencionado en líneas anteriores, la intervención humana afecta a la naturaleza. Para evitar y controlar los daños, el Estado dicta regulaciones y se asegura de su cumplimiento.

Desde el punto de vista garantista, y de acuerdo con Fernández, podemos decir que la función supervisora “al comprobar e investigar el ajuste a la legalidad de actividades, instalaciones, bienes y servicios objeto de control, desempeña un papel de primer orden como garantía de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento cuya efectividad trata de asegurar”<sup>14</sup>.

12 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo del 2009.

13 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de abril del 2013.

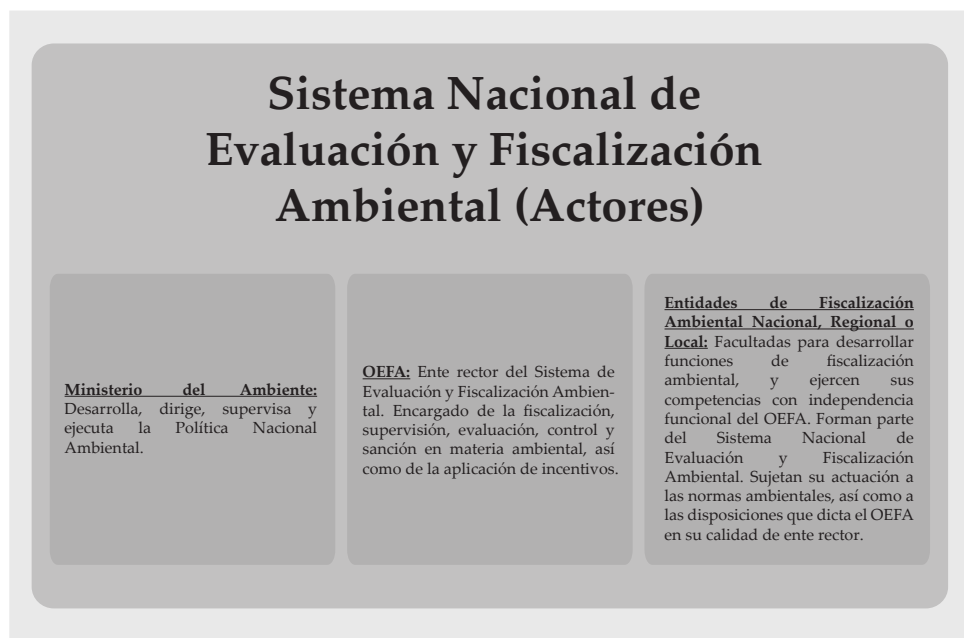
14 FERNÁNDEZ, Severiano. *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada:Editorial Comares, 2002, pp. 13-14.

En un escenario ideal, todos los ciudadanos deberíamos cumplir la ley y tener una actitud que vaya más allá del cumplimiento de la misma, sobre todo en el caso del ambiente, ya que su deterioro debilita nuestro futuro. No obstante, tal ideal no existe y hay actividades que, por distintas razones, válidas o no, legales o no, ponen en peligro el ambiente o, en el peor de los casos, lo dañan.

Para efectos de prevenir el daño ambiental mediante acciones administrativas que vayan más allá de la regulación y pasen proactivamente al lugar donde ocurre la intervención en la naturaleza, el Estado ha creado el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, cuya rectoría ha sido encargada al OEFA.

El reto del OEFA, en este caso, es doble, ya que, por un lado, incide sobre la actividad de las personas, asegurándose de que cumplan la legislación ambiental; y, por el otro, supervisa y garantiza que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de manera independiente, imparcial, ágil y eficiente.

De manera gráfica, la distribución de competencias en materia de evaluación y fiscalización ambiental es la siguiente:



Elaboración propia

## VII. DEFINICIONES DE SISTEMAS Y ENTE RECTOR

Antes de revisar detalladamente las funciones rectoras del OEFA, corresponde caracterizarlas. Por definición de la LOPE, Artículo 43º, un sistema es un conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los poderes del Estado, los organismos constitucionales y los niveles de Gobierno.

Los sistemas pueden ser administrativos, relacionados con la utilización de los recursos del Estado y funcionales, como los sistemas ambientales enumerados anteriormente. Estos últimos tienen por finalidad, tal como lo indica el Artículo 45º de la LOPE, asegurar el cumplimiento de políticas públicas<sup>15</sup> que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado.

La organización de un sistema se encarga a un ente rector, definido en el Artículo 44º de la LOPE de la siguiente manera:

### Artículo 44º.- Entes rectores

Los sistemas están a cargo de un ente rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la presente ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.

El OEFA, como veremos más adelante, cuenta con un conjunto de funciones que lo constituyen en un ente rector de un sistema funcional.

## VIII. FUNCIONES RECTORAS DEL OEFA

Concordante con lo dispuesto en la LOPE, las funciones rectoras del OEFA se caracterizan por una doble intervención: la primera frente al conjunto de personas que ejercen actividades susceptibles de ser fiscalizadas y la segunda respecto de las entidades públicas que cuentan con facultades de fiscalización ambiental.

---

<sup>15</sup> Corresponde recordar que una política pública consiste en una acción, decisión o inacción que ejecuta el Estado con la finalidad de solucionar un problema público. Debe tenerse presente que las políticas públicas no siempre implican legislación: existen decisiones de Estado que tienen consecuencias en problemas públicos que no se han expresado en ningún tipo de ley o reglamento. Por ejemplo, la decisión del Estado peruano de *no* accionar ni debatir internacional y oficialmente sobre el tema del triángulo en el extremo sur de nuestra frontera terrestre.

Hemos explicado a lo largo de este artículo que la intervención del Estado se encuentra plenamente justificada por la cantidad de externalidades negativas generadas como consecuencia de la actividad económica humana en el ambiente.

Corresponde resaltar que la rectoría obliga a la institución que la ejerce a realizar complicados balances para adoptar decisiones que fortalezcan el mercado en el cual participan, en el que la idea es neutralizar las externalidades y, a la vez, garantizar que las normas que imponen mayores cargas administrativas se sustenten en criterios técnicos relevantes, valores de importancia y políticas públicas adecuadas al interés general.

En este sentido, para el caso materia de análisis, es importante mencionar las características del denominado “nuevo enfoque de la fiscalización ambiental”.<sup>16</sup>

Una fiscalización que busca un equilibrio que permita armonizar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa con la protección ambiental, el derecho de desarrollar actividades económicas con el derecho a vivir en un ambiente sano, la promoción de la inversión privada con la protección de los ecosistemas, y que este equilibrio, esta armonía, nos lleve a todos hacia el desarrollo sostenible.

Habiendo dicho ello, consideramos igualmente que un reto importante constituye el trascender la gestión burocrática para llevarla a un nivel activo, atendiendo el marco de la antigua premisa coloquial: “la realidad no se cambia por decreto”. Corresponde al ente rector superar la emisión normativa estableciendo un conjunto de políticas, coordinaciones y acciones que fortalezcan el sistema funcional del cual es responsable, haciendo que este se interiorice como importante en los funcionarios públicos y las personas. El camino para lograrlo es largo, esquivo y supone una construcción constante de legitimidad en el ejercicio de la rectoría en un contexto en el que, como sucede en todo el sector público nacional, la restricción de recursos es un lugar común.

## IX. FUNCIONES SUPERVISORAS DEL OEFA

Hemos mencionado que la intervención estatal para la autorización de actividades que exploten la naturaleza se encuentra justificada en el interés general que el Estado resguarda. Asimismo, expresamos, desde un punto de vista

---

16 GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS. “El fortalecimiento de la fiscalización ambiental”. En GÓMEZ, Hugo (compilador). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 2013, p.15.



económico, que las externalidades negativas generadas por dicha explotación hacen imprescindible la presencia estatal<sup>17</sup>.

La función de supervisión que ejerce el OEFA no es más que la continuación lógica de las mencionadas intervenciones. Si el Estado autorizó determinada actividad, le corresponde verificar el cumplimiento de las condiciones y obligaciones que motivaron dicha autorización, permiso o licencia.

Es interesante destacar en este punto lo señalado por Fernández<sup>18</sup>, respecto de que la sanción, como incentivo para el cumplimiento de la norma legal administrativa, ha perdido efectividad:

---

17 Sólo a manera referencial corresponde tener presente que nuestra institucionalidad burocrática presupone la obligada acción estatal. Sin embargo, este derrotero en el caso anglosajón, específicamente en los Estados Unidos de América, ha sido distinto, como bien anota Italo Bizerra en su informe “Análisis del Marco Regulatorio y de las normas de promoción de la inversión privada”, pp. 1-2.

“En el contexto de mediados del siglo XIX de la historia económica de Estados Unidos, nacen las primeras nociones de administración por organismos reguladores o agencias independientes, considerada uno de los más importantes, además de difundido, aportes del sistema jurídico norteamericano al derecho público contemporáneo.

La trayectoria de las *independent regulatory agencies* fue determinante en el devenir de la sociedad norteamericana pues estas se vieron envueltas en buena parte de las políticas de intervención pública en la economía y gracias a las funciones supervisora y reguladora se brindó cobertura a importantes sistemas del mercado.

La doctrina determina que uno de los principales factores cuya repercusión es decisiva para la evolución y desarrollo de este sistema es el *Progressive Movement*. La esencia de este movimiento radica en su lucha por una administración pública ‘profesional, técnica y confiable, fundada en el análisis científico, y regida por los principios de estabilidad, eficiencia y autonomía’.

Las primeras *independent regulatory agencies* surgieron con la Revolución Industrial y adquirieron funciones que abarcaban el diseño y ejecución de políticas que necesitaban de preparación técnica especializada. Durante las primeras décadas del siglo XX, los acontecimientos de carácter bélico y social, hicieron que devenga necesaria la creación de entidades nuevas y más poderosas, que cuenten con facultades legislativas y judiciales. Sin embargo, ello presentaba profundos cuestionamientos a nivel constitucional, por lo que el Congreso decidió aprobar su creación como órganos independientes del Gobierno federal. Es así que comienza la ‘edad dorada’ de la administración por agencias en Estados Unidos y se empiezan a crear una serie de nuevas agencias en las que figuran la Interstate Commerce Commission, la Federal Reserve System, la Federal Power Commission, entre otras”.

18 FERNÁNDEZ, Severiano. Óp. cit., p. 10.

(...) es evidente que la aprobación de normas sancionatorias no supone al observancia de la legalidad, si no existe una actividad positiva y eficaz de la Administración en orden a su aplicación.

Asimismo, si bien en determinados sectores- como sucede en materia de defensa de la competencia- la existencia de intereses particulares sirve de eficaz acicate a la Administración, otros sectores los intereses son eminentemente colectivos- como ocurre en materia ambiental o de defensa de los consumidores y usuarios- circunstancia ésta que añade un plus a la dificultad en la efectividad de las normas. (...)

Ante estos problemas aparentemente congénitos de efectividad de las normas administrativas, cobra cada vez mayor relieve la necesidad de articular mecanismos y técnicas de control que garanticen la aplicación del ordenamiento administrativo.

Corresponde preguntarse, ¿qué sucede cuando el que realiza la actividad económica susceptible de fiscalización y supervisión es el propio Estado? Si aplicamos el principio de prevención para alejar las posibilidades del daño ambiental, deberíamos aplicar la autonomía técnica, económica y política para evitar cualquier intención de contaminación política. Lamentablemente, la redacción de la ley no se ha colocado en este supuesto, pero creemos que en una futura consolidación de las funciones fiscalizadoras y sus instituciones este tema podrá ser motivo de debate. Tengamos presente que el Artículo 3º de la Ley N° 29325º se refiere al sector público; para tratar sobre el cumplimiento de funciones de supervisión y fiscalización, pero no cuando es éste el que ejerce actividad económica.

Igualmente, existe una labor de cautela y prevención que resulta obligatoria en este contexto. Está demostrado que el mejor resultado económico de un daño es que este no suceda. Esta idea puede, a primera vista, resultar contradictoria, pero se justifica plenamente en la realidad, ya que las actividades económicas pueden ocasionar daños. Bajo ese contexto, esos daños deben ser prevenidos para evitar mayores costos o fatalmente perjuicios irreparables.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional (página 24), recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI señala:

En efecto, el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica son conductas que debe ser asumidas por los organismos reguladores, sea mediante acciones *ex ante* –regulaciones previas– o *ex post* –sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores del atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano–.

Respecto de los organismos reguladores que también cuentan con funciones de supervisión, Pérez<sup>19</sup> se ha pronunciado con una base ideológica distinta, desde una perspectiva relacionada más bien con una derivación de las funciones de policía del Estado. Sin embargo, consideramos que, en su aplicación fáctica, el resultado es el mismo:

La función primordial, que debe inspirar a todas las funciones del ente regulador, es la de proteger y asegurar el cumplimiento de las finalidades establecidas por la legislación que dieron fundamento jurídico a la determinación de imponer al régimen público a la cobertura de determinada necesidad. El ente regulador es consecuencia directa de la existencia del régimen público, porque no se conciben uno sin el otro.

No tendría sentido que el legislador estableciera un régimen público que nadie controla, o que se propusiera asegurar determinados fines es su determinación y estos no fueran garantizados por alguna autoridad de control. (...)

El organismo de control tiene a su cargo la responsabilidad de verificar el efectivo cumplimiento de los caracteres del servicio público, de las metas del legislador, del correcto cumplimiento de las obligaciones que el régimen público supone y del legítimo y razonable empleo de los privilegios que dicho régimen incluye en forma expresa o implícita.

De manera general, el Numeral 11.1 del artículo 11<sup>o</sup> de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N<sup>o</sup> 30011, establece que la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA.

Por su parte, en el caso de la Ley N<sup>o</sup> 27332<sup>20</sup>, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, su Artículo 3<sup>o</sup> establece las siguientes funciones:

### **Artículo 3<sup>o</sup>.- Funciones**

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

---

19 PÉREZ, Alejandro. "Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control en Servicios Públicos y Organismos de Control". En PÉREZ Hualde et ál. *Servicios Públicos y Organismos de Control*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 43.

20 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de junio del 2000.

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el organismo regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;

(...)

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

(...)

Desde nuestra perspectiva, el resultado de ambas legislaciones es el mismo: la función supervisora se caracteriza por el seguimiento, verificación y, si se quiere, la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones legales y los mandatos del ente rector. No existe distinción, por lo menos en este punto, entre las funciones de los organismos reguladores y la dictada para la fiscalización ambiental.

En el caso del OEFA, el artículo 11º de la Ley del SINEFA ha caracterizado dos funciones supervisoras, la primera definida de la siguiente manera:

b) Función supervisora directa: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas.

La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales, siempre y cuando no se haya iniciado el procedimiento administrativo sancionador, se trate de una obligación subsanable y la acción u omisión no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud. En estos casos, el OEFA puede disponer el archivo de la investigación correspondiente.

Mediante resolución del Consejo Directivo se reglamenta lo dispuesto en el párrafo anterior.

En este sentido, Morales afirma lo siguiente:<sup>21</sup>

---

21 MORALES, Delia. "El reglamento de supervisión directa". En GÓMEZ, Hugo (compilador). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 2013, pp. 106-107.

La supervisión ambiental es una función eminentemente técnica, que requiere de un conocimiento cercano del proceso productivo para detectar los aspectos que son críticos ambientalmente (...)

Dentro del esquema de un procedimiento sancionador, la supervisión constituye una etapa de investigación previa o preliminar. Sin embargo, operar como un medio de identificación de presuntas infracciones administrativas es solo una de las finalidades u objetivos de la función de supervisión directa.

Si bien normativamente, la función de supervisión se define como el seguimiento y verificación del cumplimiento de obligaciones ambientales, sea cual fuere su origen (instrumentos de gestión, normativa ambiental, o medidas administrativas dispuestas por el OEFA), dicha función trasciende el cumplimiento de las obligaciones ambientales existentes y el reporte de incumplimientos.

(...) Por ello, al ejercicio de la supervisión directa precede, de ser el caso, medidas administrativas como medidas preventivas (que, entre otras, comprenden la paralización de actividades), y mandatos de carácter particular. Estas medidas operan en caso de riesgo inminente al ambiente, o que imponen exigencias al administrado para garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental, aun cuando no medie incumplimiento alguno de obligaciones ambientales.

La ejecución de la función de supervisión, desde nuestro punto de vista, debiera caracterizarse permanentemente en su objetividad. Para este efecto el funcionario supervisor al iniciar sus actividades debiera liberarse de todo perjuicio para acometer sus labores sin presunciones o entendimientos preliminares, sólo así podrá evaluar lo factual e interpretar la ley adecuadamente.

Es trascendental darle un valor agregado a los resultados preliminares de la supervisión a través de informes que pueden ser parte de los procesos sancionatorios y la instrucción de los mismos. Bajo ese contexto, la supervisión tiene sustento en el ordenamiento del mercado y en la necesidad de ajustar desviaciones entre competidores y verificar la calidad de los productos que ofrecen las empresas. Estos conceptos son más amplios que la sanción administrativa ante la inconducta.

Las medidas preventivas constituyen una expresión de la independencia funcional de la supervisión. Como consecuencia de esta actividad administrativa se pueden dictar mandatos que, bajo ciertas condiciones, evitarán el inicio de un procedimiento sancionador.

Las medidas preventivas son fundamentales a la actividad económica. Al administrado le permitirá reaccionar y evitar el daño y, por lo tanto, la sanción

económica; y al Estado le ahorrará los enormes costos que implica llevar adelante un proceso sancionatorio.

Desde otro punto de vista, Fernández<sup>22</sup> advierte que la vertiente garantista de la función inspectora o supervisora obliga a esta

“(…) a valorar no solo el grado de cumplimiento de las normas que sean de aplicación, sino también a ponderar el grado de protección efectiva de los bienes en presencia. Y esta evaluación puede derivar en informes sobre la conveniencia de modificar los estándares normativos o, en casos extremos, en la adopción de medidas provisionales imprescindibles para conjurar un peligro inminente para bienes jurídicos cualificados, y todo ello con independencia de que exista un incumplimiento legal –reprochable o no– (…).”

La segunda función supervisora se describe de la siguiente manera:

b) Función supervisora de entidades de fiscalización ambiental (EFA), nacional, regional o local: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación del desempeño de las funciones de fiscalización a cargo de entidades de fiscalización ambiental nacional, regional o local a las que se refiere el Artículo 7.

El OEFA, en ejercicio de su función supervisora, puede establecer procedimientos para la entrega de reportes, informes técnicos y cualquier información relativa al cumplimiento de las funciones a cargo de las entidades de fiscalización ambiental (EFA).

El incumplimiento de las funciones antes indicadas acarrea responsabilidad funcional, lo cual es comunicado al órgano competente del Sistema Nacional de Control.

Desde nuestra perspectiva, esta función es la que reviste mayores complejidades, por las siguientes razones:

- a) Las actividades económicas susceptibles de fiscalización son diversas y especializadas, por ello los organismos públicos u *órganos públicos encargados de la fiscalización también lo serán.*
- b) Si bien es cierto que el OEFA, en su calidad de organismo rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, cuenta con independencia política, nada garantiza similar escenario para el caso de las denominadas EFA.

---

22 FERNÁNDEZ, Severiano. Óp. cit., pp. 14-15.

- c) No hay una relación de jerarquía entre el OEFA y las EFA. Esta condición desde nuestro punto de vista, teniendo presente nuestra tradición burocrática, es vital para que los preceptos del OEFA tengan una réplica adecuada en dichas instituciones.

Ante estas carencias, consideramos que pueden realizarse algunas acciones en la búsqueda de legitimidad, que le darán fortaleza intrínseca a la funciones de supervisión. En primer lugar, se debe coordinar cercanamente, intercambiar experiencias, realizar talleres para compartir entendimientos; y, eventualmente, homologar soluciones.

Finalmente, y en segundo lugar, sugerimos aplicar la fórmula que ejecutan varios organismos rectores de sistemas administrativos: la capacitación, constante, permanente y presencial.

Es evidente que la supervisión de las EFA gira alrededor de la información pero, como tal, depende que esta sea homologada tanto en sus formas como en su calidad. Ello se logra, más allá de la directiva y el formato, con la formación de los funcionarios públicos especializados en la fiscalización ambiental.

La norma que establece las facultades de supervisión de las EFA es, ciertamente, la expresión de la rectoría del OEFA, ya que involucra directamente a este organismo en la gestión de otras entidades públicas y le brinda la gran oportunidad de construir, como indica nuestra Constitución Política, un aprovechamiento sostenible del ambiente y, de este modo, hacerlo adecuado a nuestra vida.

## X. CONCLUSIONES

1. El Estado debe establecer políticas para favorecer el gozo de un ambiente adecuado al desarrollo de las personas.

El resultado de la implementación de tales políticas seguramente será percibido de forma positiva por algunas personas y negativamente por otros. Le corresponde al Estado actuar en búsqueda del mejor equilibrio posible.

En ese sentido, se promoverán las actividades económicas sostenibles, pero, salvo ciertas excepciones no se prohíben las actividades que no lo sean.

2. Desde la creación del Minam se han fortalecido las políticas públicas ambientales; la mayor de estas fortalezas consiste en que se puede identificar al ministro del sector como responsable directo de dichas políticas.

3. Las labores de supervisión y fiscalización son distintas unas de otras: las primeras implican la verificación que las actividades económicas se ejecutan dentro de los parámetros establecidos en la Ley y la segunda implica la verificación si la actividad económica ha infringido la norma legal.

## BIBLIOGRAFÍA

### EL COMERCIO

- 2013 “Lima tiene 8’500.842 habitantes: ¿Hay más hombres o más mujeres?”. *El Comercio*. Lima, 17 de enero del 2013. Consulta: 11 de abril del 2014. <<http://elcomercio.pe/lima/sucesos/lima-tiene-8500842-habitantes-hay-mas-hombres-mas-mujeres-noticia-1524307>>

### FERNÁNDEZ, Severiano

- 2002 *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Editorial Comares.

### GÓMEZ, Hugo y Milagros GRANADOS

- 2013 “El fortalecimiento de la fiscalización ambiental”. En GÓMEZ, Hugo (compilador). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

### INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA

- 2014 *11 de julio día mundial de la población. Documento de trabajo*. Lima. Consulta: 11 de abril del 2014. <<http://www.unfpa.org.pe/Articulos/Articulos/INEI-Estado-Poblacion-Peruana-2013.pdf>>

### MORALES, Delia

- 2013 “El reglamento de supervisión directa”. En GÓMEZ, Hugo (compilador). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

### PÉREZ, Alejandro

- 2005 “Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control en Servicios Públicos y Organismos de Control”. En PÉREZ Hualde et ál. *Servicios Públicos y Organismos de Control*. Buenos Aires: Lexis Nexis.



## EL RÉGIMEN COMÚN DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

MARTHA ALDANA DURÁN

### SUMARIO

*La autora presenta los antecedentes normativos del Régimen Común de Fiscalización Ambiental y sus principales contenidos, con énfasis en el rol que les corresponde ejercer a las entidades de fiscalización ambiental (EFA) y al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA). Asimismo, se señalan algunos de los retos futuros a afrontar en esta materia.*

I. Introducción. II. Antecedentes. III. ¿Qué contiene el Régimen Común de Fiscalización Ambiental? IV. Perspectivas futuras. V. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, la fiscalización ambiental no está a cargo de una sola entidad. En efecto, desde sus orígenes, la fiscalización ambiental ha estado asignada como responsabilidad de un conjunto de entidades con facultades en esta materia.

Sin embargo, la idea es que estas autoridades intervengan en el ejercicio de sus funciones de fiscalización ambiental de manera homogénea, integrada y armónica. Fue con esa finalidad que, desde la dación de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente<sup>1</sup>, en el año 2005, se estableció el mandato de contar con un régimen común sobre esta materia.

Esta norma busca ser el instrumento que articule el ejercicio de la fiscalización ambiental a cargo de las entidades de fiscalización ambiental (EFA), respetan-

1 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de octubre del 2005.

do su independencia funcional. Su objeto es garantizar una fiscalización ambiental homogénea, eficaz, eficiente, armónica y coordinada, contribuyendo a la mejora de la calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible del país como medio para garantizar el respeto de los derechos ambientales.

En el presente artículo, se presentan los antecedentes de esta normativa, así como sus principales contenidos, y se esbozan las perspectivas futuras en este tema.

## II. ANTECEDENTES

### 2.1. El Régimen Común en la Ley General del Ambiente

La Ley General del Ambiente fue la primera norma legal que recogió el mandato para la aprobación del Régimen Común.

Esta norma, que podría considerarse como la norma madre del derecho ambiental peruano, dispuso el mandato para la aprobación de un Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental<sup>2</sup>. En efecto, en el Título IV sobre Responsabilidad por Daño Ambiental de la Ley General del Ambiente, se señaló lo siguiente:

Artículo 131º.- Del régimen de fiscalización y control ambiental

(...)

131.2 Mediante decreto supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, se establece el Régimen Común de fiscalización y control ambiental, desarrollando las atribuciones y responsabilidades correspondientes.

El sentido de establecer un mandato para la aprobación de un Régimen Común obedeció, desde un inicio, a la existencia de una multiplicidad de autoridades competentes en materia de fiscalización ambiental, las cuales requerían contar con reglas comunes para el ejercicio de sus funciones.

Con el ánimo de dar cumplimiento a lo señalado sobre esta materia en la Ley General del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente (Conam), en el 2006,

---

2 La denominación de esta norma no ha sido uniforme. En la Ley General del Ambiente, se le llamó “Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental”, en la Ley del SINEFA se le denominó “Reglamento del Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental”, pero en realidad se referían a lo mismo. A efectos de dejar en claro el tema, en la Ley N° 30011 - Ley modificatoria de la Ley del SINEFA se estableció que “toda referencia hecha al Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental o al Reglamento del Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental debía entenderse efectuada al Régimen Común de Fiscalización Ambiental.

creó un grupo de trabajo multisectorial encargado de formular una propuesta de Reglamento de Régimen Común, la cual fue elaborada y presentada a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). Sin embargo, no logró aprobarse.

El esquema institucional de la gestión ambiental peruana cambió con la creación del Ministerio del Ambiente (Minam) en el año 2008, como veremos a continuación.

## **2.2. El Régimen Común en la Ley de creación del Minam y en la Ley del SINEFA**

En mayo de 2008, mediante Decreto Legislativo N° 1013<sup>3</sup> se aprobó la norma de creación del Ministerio del Ambiente (Minam), y se dispuso, a su vez, la creación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), con lo cual se dotó al Minam de un organismo especializado en fiscalización ambiental.

Al disponerse la creación del OEFA, se señaló como una de las funciones básicas de esta institución, la siguiente:

### **SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL.- CREACIÓN DE ORGANISMOS PÚBLICOS ADSCRITOS AL MINISTERIO DEL AMBIENTE**

#### **1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental**

(...)

Sus funciones básicas serán las siguientes:

- a) Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos previstos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.

Así pues, cuando se creó el OEFA, se le dio como primera tarea asegurar que se cumpla lo establecido en el Régimen Común desde una perspectiva de supervisión a las EFA, reconociéndose además, de manera complementaria a ello, las facultades de fiscalización directa a cargo de dicha entidad.

En el 2009, se dicta la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA)<sup>4</sup>, estableciéndose con relación al Régimen Común, lo siguiente:

<sup>3</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de mayo del 2008.

<sup>4</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de marzo del 2009.

#### DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

SÉTIMA.- El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobará el Reglamento del Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental, así como el Régimen de Incentivos, previa opinión favorable del MINAM, los mismos que serán de cumplimiento obligatorio para todas las entidades que cuenten con competencia en fiscalización ambiental.

Así, la Ley del SINEFA, en su versión original, le otorgó al Consejo Directivo del OEFA la facultad de aprobar el Régimen Común, para lo cual debía contarse con la previa opinión favorable del Minam.

En cumplimiento de dicha función, el OEFA elaboró la respectiva propuesta normativa, la cual fue remitida al Minam a efectos de su prepublicación, la cual fue aprobada mediante Resolución Ministerial N° 266-2012- MINAM, y publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de octubre del 2012.

### **2.3. El Régimen Común en la Ley N° 30011 - Ley que modificó la Ley del SINEFA**

La hoja de ruta de la gestión ambiental del actual Gobierno fue consensuada con los diversos sectores a través de la Comisión Multisectorial establecida mediante Resolución Suprema N° 189-2012-PCM. Esta comisión aprobó el informe denominado “Ejes estratégicos de la gestión ambiental”.

El primer tema comprendido en este informe fue la fiscalización ambiental. Efectivamente, en el Eje Estratégico A, denominado “Estado soberano y garante de derechos”, se señaló como objetivo el acceso a la justicia y fiscalización ambiental eficaces, en el cual se incluyó el siguiente compromiso:

Establecer los lineamientos, principios y bases comunes de la fiscalización que deben cumplir las EFA en el ámbito del SINEFA regulando su articulación con la finalidad de asegurar el ejercicio armónico de la fiscalización ambiental a su cargo así como una intervención coordinada y eficiente de las mismas como medio para asegurar el respeto de los derechos ambientales del ciudadano.

De esta manera, la aprobación del Régimen Común, pasaba a ser parte de las prioridades en la agenda ambiental del país.

Prueba de ello se dio con la remisión del Proyecto de Ley N° 1815/2012-PE, en diciembre del 2012, que fuera presentado por el Poder Ejecutivo previa aprobación del Consejo de Ministros, y que respecto del Régimen Común señaló lo siguiente:

#### SÉTIMA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

El Régimen Común de Fiscalización Ambiental regulado en el numeral 131.2 del artículo 131 de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, será aprobado mediante Resolución Ministerial del Ministerio del Ambiente. Dicha norma establecerá los lineamientos, principios y bases comunes de la fiscalización ambiental en el país, así como las disposiciones generales que deben cumplir las EFA de manera obligatoria en el ámbito del SINEFA, regulando su articulación con la finalidad de asegurar el ejercicio armónico de la fiscalización ambiental a su cargo y la intervención coordinada y eficiente de las mismas como medio para asegurar el respeto de los derechos ambientales de los ciudadanos.

Toda referencia hecha al Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental o al Reglamento del Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental, se entenderá como efectuada al Régimen Común de Fiscalización Ambiental. (...).

Luego del debate parlamentario respecto de este tema, la Ley N° 30011 recogió lo señalado en el proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo en todo su contenido. La única diferencia entre el texto presentado y el que finalmente fue aprobado fue la ubicación de la norma que regula lo referido a la autoridad competente para la aprobación del Régimen Común. Así, mientras el proyecto de ley contempló, en la Séptima Disposición Complementaria Final, que el Minam aprobaría el Régimen Común mediante resolución ministerial, la Ley N° 30011 lo estableció mediante una modificatoria a la Ley General del Ambiente, y no como parte de sus disposiciones complementarias y finales.

En efecto, la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30011 introdujo una modificación expresa a la Ley General del Ambiente, señalando como nueva versión del Artículo 131<sup>o</sup> el siguiente texto:

#### **Artículo 131°.- Del régimen de fiscalización y control ambiental**

(...)

131.2 El Ministerio del Ambiente, mediante resolución ministerial, aprueba el Régimen Común de Fiscalización Ambiental.

Así, el Minam quedó expresamente facultado para aprobar el Régimen Común mediante norma sectorial, y es en virtud a ello, que mediante Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM, dicha entidad aprobó el Régimen Común de Fiscalización Ambiental<sup>5</sup>.

5 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de agosto del 2013.

### III. ¿QUÉ CONTIENE EL RÉGIMEN COMÚN DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL?

#### 3.1. El concepto de fiscalización ambiental

Un primer aspecto de suma relevancia para la armonización del ejercicio de las funciones en materia de fiscalización ambiental es la clara identificación de qué entendemos por “fiscalización ambiental”, sobre todo considerando que cada autoridad cuenta con diversas normas que regulan, en diversos alcances, el ámbito de sus respectivas intervenciones.

En relación con este concepto, la Ley General del Ambiente señala lo siguiente:

**Artículo 130º.- De la fiscalización y sanción ambiental**

130.1 La fiscalización ambiental comprende las acciones de vigilancia, control, seguimiento, verificación y otras similares, que realiza la Autoridad Ambiental Nacional y las demás autoridades competentes a fin de asegurar el cumplimiento de las normas y obligaciones establecidas en la presente Ley, así como en sus normas complementarias y reglamentarias.

(...)

En tal sentido, el eje alrededor del cual se identifican las actividades comprendidas en el ámbito de la fiscalización ambiental está referido a aquellas actividades cuya finalidad sea asegurar el cumplimiento de normas y obligaciones ambientales.

Al respecto, debemos entender el concepto de “norma jurídica” en sentido estricto, es decir “como un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado para el caso de su eventual incumplimiento”<sup>6</sup>. En tal sentido, el concepto de “norma” equivaldría al de “obligación”.

Por tanto, la fiscalización ambiental en esencia consiste en el desarrollo de una acción de verificación del cumplimiento de una obligación, esto es una acción de control del cumplimiento. Dicha acción es propia del Estado como parte de su rol tuitivo del interés público y en ejercicio de su poder de policía<sup>7</sup>.

---

6 RUBIO, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Décima edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, p. 76.

7 DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 154.

La fiscalización ambiental comprende las acciones que son ejercidas por el OEFA y las EFA de acuerdo a sus competencias, y puede ser entendida en sentido amplio y en sentido estricto, a saber:

- (i) *La fiscalización ambiental, en sentido amplio*, comprende las acciones de vigilancia, control, monitoreo, seguimiento, verificación, evaluación, supervisión, fiscalización en sentido estricto y otras similares, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables y de aquellas derivadas del ejercicio de la fiscalización ambiental.
- (ii) *La fiscalización ambiental, en sentido estricto*, comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones<sup>8</sup>; sujeta al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Así pues, la fiscalización ambiental comprende el conjunto de respuestas que el Estado desarrolla para verificar el cumplimiento de las obligaciones de los administrados en materia ambiental.

Las obligaciones ambientales fiscalizables, de acuerdo a lo establecido en el Régimen Común de Fiscalización Ambiental, por su naturaleza, pueden ser<sup>9</sup>:

- a) *Obligaciones de hacer*: Por ejemplo, colocar un filtro en la chimenea de la instalación, construir una planta de tratamiento de aguas residuales, regar con una determinada periodicidad el camino por donde transitará la maquinaria para un determinado proyecto.
- b) *Obligaciones de no hacer*: Por ejemplo, no afectar humedales en la construcción de vías de acceso, no generar efluentes sino recircular todas las aguas residuales generadas por la industria, no introducir animales en operaciones que se realizan en selva.

A su vez, el Régimen Común señala que las obligaciones ambientales fiscalizables pueden comprender aspectos relacionados con la protección del ambiente (temas *marrones*), así como al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (temas *verdes*), incluyendo los aspectos socioambientales<sup>10</sup>.

---

8 La imposición de medidas administrativas en el ámbito de la función de fiscalización y sanción que son las medidas correctivas y las medidas cautelares son también propias del concepto de fiscalización ambiental en sentido estricto.

9 Artículo 2.3 de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

10 *Ibidem*.

Todas estas son obligaciones exigibles y sancionables, y son el corazón, la médula de la fiscalización ambiental. Su incumplimiento está sujeto a consecuencias jurídicas que restringen los derechos de los administrados.

Ahora bien, ¿dónde se encuentran las obligaciones ambientales fiscalizables? ¿cuáles son las fuentes de estas obligaciones? Al respecto, la Ley del SIN-EFA, en su versión original del año 2009, al regular la función fiscalizadora y sancionadora<sup>11</sup> del OEFA señaló las fuentes de las obligaciones ambientales fiscalizables. La identificación de estas obligaciones fue ratificada por la Ley N° 30011, modificatoria de la Ley N° 29325<sup>12</sup>, y confirmada en el Régimen Común de Fiscalización Ambiental<sup>13</sup>.

Con este marco legal, corresponde señalar que las obligaciones ambientales fiscalizables puedan encontrarse en:

- (i) Normas ambientales (que regulen temas *marrones* o temas *verdes*)<sup>14 15</sup>

---

11 Versión original del Artículo 11° Literal d) de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

12 La Ley N° 30011 introduce los compromisos ambientales de contratos de concesión, las medidas administrativas por el OEFA y un espacio para otras fuentes de obligaciones ambientales fiscalizables que puedan establecerse. No hacemos expresa referencia a estas otras fuentes en tanto no son de aplicación general a las diferentes EFA, sino específicamente para el OEFA.

13 El Régimen Común de Fiscalización Ambiental también reconoce la posibilidad de que se establezcan otras fuentes de obligaciones ambientales fiscalizables. Artículo 2.3 de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

14 “De acuerdo con Raúl Brañes, el Derecho Ambiental está conformado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir e impactar de forma muy severa y relevante en los sistemas de ambiente y los organismos vivos. Si bien la legislación ambiental tiende a priorizar la protección del ambiente natural –bosques, áreas naturales protegidas, diversidad biológica, aguas continentales–, son igualmente relevantes la legislación referida al ordenamiento del territorio; la legislación sobre los ambientes construidos –urbanismo, industria, residuos sólidos– y la referida a la salud humana, es decir, a los efectos nocivos del ambiente en la salud de los seres humanos”. Véase: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL. En *Manual de legislación ambiental*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2003. p. s/n Ítem 3.

15 En el Régimen Común de Fiscalización Ambiental se reconoce expresamente que la legislación ambiental puede emanar de los órganos competentes de las autoridades de los tres niveles de Gobierno. Artículo 2.3 de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.



- (ii) Instrumentos de gestión ambiental<sup>16</sup> (estudios ambientales)
- (iii) Mandatos o disposiciones emitidas por la autoridad de fiscalización ambiental<sup>17</sup>

Veamos, a continuación, algunas particularidades de las tres fuentes de obligaciones ambientales fiscalizables antes indicadas:

- Respecto de las normas ambientales como fuente de obligaciones ambientales fiscalizables, cabe señalar que la legislación ambiental peruana, si bien data de los años 1990 en adelante, es heterogénea y abundante<sup>18</sup>.

Al respecto, la Red Internacional para el Cumplimiento y Aplicación Ambiental (Inece, por sus siglas en inglés), señala que:

(...)Sin embargo, el solo hecho de contar con normativa ambiental, no es suficiente para abordar a estos problemas. Los estados deben encontrar formas para asegurar que la comunidad regulada, cumpla con los requisitos establecidos por la legislación ambiental y por sus reglamentaciones de implementación. Las estrategias exitosas ayudarán a fomentar y forzar cambios de comportamiento dentro de la comunidad regulada, los que son necesarios para lograr el acatamiento ambiental<sup>19</sup>.

16 El Artículo 17º de la Ley General del Ambiente presenta un concepto extensivo de lo que se entiende por "instrumento de gestión ambiental". En el ámbito de la fiscalización ambiental, este concepto es entendido en sentido estricto como estudios ambientales que se aprueban en el marco de la legislación ambiental de cada sector.

17 Las entidades de fiscalización ambiental (EFA), por disposición del Artículo 16-A de la Ley N° 30011, se encuentran facultadas para emitir mandatos de carácter particular, que son disposiciones exigibles al administrado con el objetivo de que este realice determinadas acciones con la finalidad de garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental. Para tales efectos, se necesita que la autoridad de fiscalización ambiental competente realice un análisis del desempeño ambiental de la actividad bajo fiscalización y, en tanto no cuente con regulaciones sean normativas o establecidas en un estudio ambiental, podrá emitir disposiciones exigibles al administrado. Esta última debe entenderse como una facultad de naturaleza excepcional en tanto la autoridad natural para regular el desempeño ambiental de las actividades fiscalizadas es la autoridad a cargo de la certificación ambiental del sector correspondiente que es la que se encuentra a cargo de la regulación y evaluación ambiental de la actividad antes de su realización.

18 No se cuenta con una fuente oficial que determine con cuántas normas ambientales contamos a la fecha, y que considere tanto las normas del nivel nacional como también las emitidas a nivel regional y local.

19 INTERNATIONAL NETWORK FOR ENVIRONMENTAL COMPLIANCE AND ENFORCEMENT (Inece). *Manual de principios de acatamiento y ejecución ambiental*. Washington D.C.: Inece, 2009, p. 3.

Como puede apreciarse, el enfoque que Inece propicia es entender de manera complementaria tanto la promoción como la sanción, por tratarse de mecanismos utilizados para lograr el cumplimiento de la legislación ambiental. En nuestro país, se ha recogido un enfoque similar al haberse establecido la figura de los incentivos para el cumplimiento de la legislación ambiental, que constituye una materia que, si bien no cuenta todavía con un desarrollo normativo de carácter reglamentario, sí se encuentra comprendida dentro del concepto amplio de fiscalización ambiental, por ser una de las vías para asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental. No obstante lo señalado, cabe acotar que las regulaciones en materia de incentivos ambientales no son de carácter exigible, sino más bien de naturaleza voluntaria<sup>20</sup>.

- Respecto de los estudios ambientales como fuente de obligaciones ambientales fiscalizables, corresponde señalar que tales obligaciones no solo se encuentran establecidas en el Plan de Manejo Ambiental (la parte del estudio que comprende las medidas de mitigación ambiental a realizar); sino que pueden encontrarse también en otras partes del estudio, como puede ser el capítulo correspondiente al estudio de línea base (diagnóstico ambiental y social previo al desarrollo de la actividad) o en el capítulo correspondiente a la descripción del proyecto. La ubicación de la obligación dentro del estudio no es relevante; lo importante es que, en efecto, constituya una obligación. Ello hace necesario e imprescindible contar con mecanismos para sistematizar la información que se genera en el procedimiento de aprobación de estudios ambientales<sup>21</sup>.
- Respecto de los mandatos o disposiciones emitidas por la autoridad de fiscalización ambiental como fuente de obligaciones ambientales fiscalizables, cabe indicar que inicialmente esta fue una facultad únicamente reconocida al OEFA. Sin embargo, con la Ley N° 30011, Ley que modifica la Ley del SINEFA, las diferentes entidades de fiscalización ambiental (EFA), incluyendo al OEFA, se encuentran facultadas para emitir mandatos de carácter particular.

---

20 Artículo 2.4 de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

21 Al respecto un importante avance en la sistematización del procedimiento de evaluación de impacto ambiental ha sido el denominado "Sistema de Evaluación Ambiental en Línea - SEAL" del Ministerio de Energía y Minas, que se ha venido aplicando para la evaluación ambiental de los proyectos de exploración minera y que se proyecta utilizar también para la evaluación ambiental de las demás actividades bajo el ámbito de competencia de dicho sector.

Los mandatos de carácter particular son disposiciones exigibles al administrado con el objetivo de que este realice determinadas acciones con la finalidad de garantizar la eficacia de la fiscalización ambiental<sup>22</sup>. Para tales efectos, se necesita que la EFA competente realice un análisis del desempeño ambiental de la actividad bajo fiscalización y, en tanto no cuente con regulaciones en la normativa específica o compromisos establecidos en un estudio ambiental, podrá emitir disposiciones exigibles al administrado.

### **3.2. La identificación de las entidades de fiscalización ambiental (EFA)**

Uno de los aspectos críticos en el ejercicio de la fiscalización ambiental, que parece obvio pero no necesariamente lo es, consiste en que la propia autoridad de fiscalización ambiental se identifique como tal. Ello, es de crucial importancia en la consolidación de un ejercicio armónico de competencias en materia de fiscalización ambiental, ya que la identificación como EFA es el requisito necesario para la coordinación en el ejercicio de esta función, así como el ejercicio del rol rector que le corresponde al OEFA en esta materia.

Y es que la fiscalización ambiental constituye una función crítica pues, por un lado, puede generar responsabilidad legal en quien la ejerce abusando de su poder y, por otro lado, también puede generar responsabilidad legal por la omisión en el cumplimiento de las funciones atribuidas a las entidades.

Con relación a la identificación de las EFA, la Ley N° 29325, señaló lo siguiente:

Artículo 7°.- Entidades de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local  
Las Entidades de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local son aquellas con facultades expresas para desarrollar funciones de fiscalización ambiental, y ejercen sus competencias con independencia funcional del OEFA. Estas entidades forman parte del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y sujetan su actuación a las normas de la presente Ley y otras normas en materia ambiental, así como a las disposiciones que dicte el OEFA como ente rector del referido Sistema.

Por tanto, la identificación de una determinada autoridad como EFA se sujeta a dos presupuestos:

- Contar con facultades expresas para desarrollar funciones de fiscalización ambiental y
- Ejercer sus competencias con independencia funcional del OEFA

<sup>22</sup> Artículo 16-A de la Ley N° 29325.

Con relación a este segundo presupuesto, no se han generado mayores controversias dado que, en efecto, las EFA son autoridades autónomas y diferentes del OEFA. Así, las EFA no guardan relación de subordinación con el OEFA. Siendo ello así, resulta compatible que las EFA, como parte del SINEFA, sistema funcional reconocido expresamente como tal, deban cumplir con las reglas que dicte el OEFA en ejercicio de la rectoría del sistema.

Sin embargo, con relación al primer presupuesto, **sí** se han generado diversas interpretaciones, específicamente en las EFA a nivel nacional<sup>23</sup>. En efecto, algunas EFA entendieron que para desarrollar funciones de fiscalización ambiental, sus normas orgánicas debían “literalmente” atribuirles el ejercicio de funciones de “fiscalización ambiental”. A efectos de aclarar esta situación, el Régimen Común señaló lo siguiente:

Artículo 2º.- **Ámbito de Aplicación**

2.1 Las disposiciones del Régimen Común de Fiscalización Ambiental son aplicables a:

- a) Las EFA, de nivel Nacional, Regional o Local, entendiéndose como tales a toda entidad pública de nivel nacional, regional o local que tiene atribuida alguna o todas las acciones de fiscalización ambiental en sentido amplio, a que se refiere el parágrafo 2.2 de la presente norma.

Así pues, las entidades públicas que tengan a su cargo acciones de vigilancia, control, monitoreo, seguimiento, verificación, evaluación, supervisión, fiscalización en sentido estricto y otras similares, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables y de aquellas derivadas del ejercicio de la fiscalización ambiental” (que es el concepto de fiscalización ambiental en sentido amplio), serán calificadas como EFA.

Con esta norma quedó claramente establecido que, lo que debe analizarse, es si las funciones que deben ser ejercidas por una determinada entidad tienen o no la finalidad de asegurar el cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables.

En ese mismo sentido, en los Lineamientos para la Formulación, Aprobación y Evaluación del Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental - PLANEFA, aprobados por el OEFA en enero de 2014, se señala lo siguiente<sup>24</sup>:

---

23 Por disposición de sus normas orgánicas, los gobiernos regionales y locales califican como EFA.

24 Artículo 3º Literal b) de la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2014-OEFA/CD, que aprueba los Lineamientos para la formulación, aprobación y evaluación del Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de enero del 2014.

Entidad de Fiscalización Ambiental (EFA): Entidad Pública de ámbito nacional, regional o local que tiene atribuida alguna o todas las acciones [de] fiscalización ambiental, en sentido amplio. La fiscalización ambiental puede ser ejercida por una o más unidades orgánicas de la EFA. Excepcionalmente, y por disposición legal, podrá ser considerada EFA aquel órgano de línea de la entidad que se encuentre facultado para realizar funciones de fiscalización ambiental.

Así pues, esta norma emitida por el OEFA en el marco de su rol rector del SIN-EFA, ha cumplido con precisar que, dentro de una misma EFA, la fiscalización ambiental puede ser ejercida por una o más unidades orgánicas. Cabe indicar que en tales casos, dichas unidades orgánicas deberían responder ante el OEFA como una sola entidad<sup>25</sup>. Excepcionalmente, y por disposición legal, podrá ser considerada EFA aquel órgano de línea de la entidad que se encuentre directamente facultado, por norma con rango de ley, para realizar funciones de fiscalización ambiental<sup>26</sup>.

### 3.3. Los principios de la fiscalización ambiental

El Régimen Común ha establecido por primera vez en la legislación ambiental peruana, principios específicamente aplicables al ejercicio de la fiscalización ambiental.

La importancia de estos principios se habrá de verificar en su propia aplicación a futuro. Sin embargo, podemos señalar que su consagración normativa ayuda sustantivamente a sentar las bases de un SINEFA sólido y efectivo. Cabe indicar que se ha establecido que su aplicación es de observancia obligatoria.

Además del reconocimiento de los principios ambientales recogidos en normas ambientales previas, el Régimen Común establece los siguientes principios que rigen la fiscalización ambiental<sup>27</sup>:

25 Por ejemplo, en el caso de los gobiernos regionales, la función de fiscalización ambiental puede estar a cargo de las direcciones regionales de energía y minas, así como de la dirección regional de salud y de la dirección regional de producción, entre otras oficinas. En tales casos, dichas áreas deben coordinar internamente a efectos de responder como una sola entidad las solicitudes que formule el OEFA.

26 Es el caso, por ejemplo, de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas y de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Ministerio de Defensa, respecto de la fiscalización de la minería de menor escala en los temas bajo su ámbito de competencia, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1101, que establece las medidas para el fortalecimiento ambiental como mecanismo de lucha contra la minería ilegal, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de febrero del 2012.

27 Artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

## a) Principio de coherencia

Principio de Coherencia.- Las entidades con competencia en fiscalización ambiental coordinan el ejercicio de sus funciones para su adecuada articulación, sumando esfuerzos, evitando superposiciones, duplicidades y vacíos en el ejercicio de dichas funciones.

La coherencia constituye un presupuesto necesario en el ejercicio armónico de la fiscalización ambiental, sobre todo, porque en el esquema institucional peruano se ha establecido una distribución amplia de competencias de fiscalización ambiental a nivel nacional, regional y local.

Este principio se sustenta en los siguientes principios de la gestión ambiental, establecidos en la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental<sup>28</sup>:

- Articulación en el ejercicio de las funciones públicas, de acuerdo con el carácter transectorial de la gestión ambiental
- Coherencia, orientada a eliminar y evitar superposiciones, omisiones, duplicidades y vacíos en el ejercicio de las competencias ambientales

Asimismo, ello se encuentra comprendido entre las principales acciones del proceso de modernización de la gestión del Estado, que establece como mandato que las entidades públicas intervengan, de manera coherente e integrada, en el ejercicio de sus funciones, a efectos de lograr una mayor eficiencia en la utilización de los recursos del Estado. Por lo tanto, se elimina la duplicidad o superposición de competencias, funciones y atribuciones entre sectores y entidades o entre funcionarios y servidores<sup>29</sup>, así como la disposición que establece que “toda dependencia, entidad u organismo de la Administración Pública debe tener claramente asignadas sus competencias de modo tal que pueda determinarse la calidad de su desempeño y el grado de cumplimiento de sus funciones, en base a una pluralidad de criterios de medición”<sup>30</sup>.

## b) Principio de transparencia

Principio de Transparencia.- La información vinculada a la fiscalización ambiental es de acceso público. Tratándose de la información que califique

---

28 Artículo 5º de la Ley N° 28245 - Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Publicada en el diario oficial El Peruano el 8 de junio de 2004.

29 Artículo 5º de la Ley N° 27658 - Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado.

30 Artículo 6º de la Ley N° 27658 - Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado.

como confidencial por vincularse al ejercicio de la potestad sancionadora, las EFA pueden publicar reportes y resúmenes de acceso público.

La transparencia constituye además de una regla de derecho<sup>31</sup>, una buena práctica gubernamental que contribuye a lograr una participación ciudadana informada y fortalecida, lo que consolida la democracia y nos encamina al logro de una sociedad desarrollada.

Inicialmente en el OEFA, se entendió que de acuerdo a lo establecido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública<sup>32</sup>, la información que administraba este organismo se calificaba íntegramente como confidencial al tratarse de procedimientos sancionadores e investigaciones preliminares a dichos procedimientos (actividades de evaluación y de supervisión). En ese sentido, se denegaban las solicitudes de acceso a información<sup>33</sup>.

Este enfoque cambió con la aprobación de la normativa del OEFA, dirigida a promover una mayor transparencia en materia de fiscalización ambiental<sup>34</sup>. En ese sentido, a través de la Ley N° 30011, Ley modificatoria de la Ley del SIN-EFA, se confirmó la misma tendencia, estableciendo al respecto una regla, no sólo de aplicación para OEFA sino para todas las EFA.

En efecto, la Ley del SINEFA establece lo siguiente:

Artículo 13-A.- Transparencia y acceso a la información ambiental

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) ponen a disposición y libre acceso del público información técnica y objetiva del resultado de la toma de muestras, análisis y monitoreos que se realizan en el ejercicio de sus funciones, dejando expresa

31 Regulada tanto en la Constitución Política en su Artículo 2º Numeral 5, en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (cuyo Texto Único Ordenado fuera aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM), como en el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, entre otras normas sobre la materia.

32 Artículo 17º, Numeral 3 del Decreto Supremo N° 043-2003-PCM. Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de abril del 2013.

33 ORELLANA, Luz. "El derecho de acceso a la información pública ambiental". En GÓMEZ, Hugo (compilador). *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Primera edición. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 2013, pp. 75-76.

34 Directiva N° 001-2012-OEFA/CD, que promueve mayor transparencia respecto de la información que administra el OEFA.



constancia de que dicha información no constituye adelanto de juicio respecto de las competencias en materia de fiscalización ambiental que les son propias.  
(...)

Por tanto, cuando el Régimen Común refiere, como uno de los principios de la fiscalización ambiental, que la información vinculada a la fiscalización ambiental es de acceso público, lo que hace es reafirmar el enfoque de transparencia adoptado por la normativa del OEFA. Además, añade que si la información califica como confidencial se pueden publicar *reportes públicos*<sup>35</sup> y *resúmenes de acceso público*<sup>36</sup>.

Estas dos herramientas, que se encuentran reguladas en la normativa del OEFA sobre la materia, actualmente, son de aplicación para las demás EFA en el marco de lo establecido en el Régimen Común. De esta manera, la regulación del principio de transparencia, el cual es de aplicación a todo el SINEFA, busca asegurar el tratamiento homogéneo que las EFA deben otorgar al acceso de información pública en materia de fiscalización ambiental.

### **c) Principios de eficacia, eficiencia y efectividad**

Principio de Eficacia.- Las entidades de fiscalización ambiental, para el adecuado ejercicio de la fiscalización a su cargo, deben contar con las herramientas y recursos requeridos para una adecuada planificación, ejecución y evaluación de su ejercicio.

Principio de Eficiencia.- La fiscalización ambiental debe ser realizada al menor costo social y ambiental posible, maximizando el empleo de los recursos con los que cuenta.

Principio de Efectividad.- La fiscalización ambiental debe ser ejercida de modo tal que propicie que los administrados actúen en cumplimiento de sus obligaciones ambientales.

---

35 Los reportes públicos del Informe de Supervisión Directa son documentos que deben contener información técnica y objetiva que son resultado de la toma de muestras, análisis y monitoreo, así como de otros hechos objetivos relevantes relacionados con la supervisión. Este reporte no debe contener calificación alguna respecto de presuntas infracciones administrativas, por lo que debe indicarse que lo que se encuentra en el documento no implica prejuzgamiento alguno ni adelanto de opinión o indicios de infracción.

36 Los resúmenes públicos del Procedimiento Sancionador se elaboran respecto de las resoluciones que no califican como públicas y contienen el número de expediente; el nombre, razón o denominación social del administrado investigado; la identificación de la unidad supervisada y, de ser el caso, la fecha de la supervisión; la mención de si se aplicó o no sanción; y la mención de si se interpuso o no medio impugnativo, de ser el caso.



Los conceptos de eficacia, eficiencia y efectividad en la gestión pública son recurrentemente utilizados para referir una administración moderna. Comúnmente, dichos términos se entienden de la siguiente manera:

[La eficacia] es el grado en que se alcanzan los objetivos propuestos o también la actuación para cumplir tales objetivos” en tanto que la eficiencia significa hacer bien las cosas<sup>37</sup>.

La efectividad en la gestión pública está determinada por la creación de valor público<sup>38 39</sup>.

Al recoger estos conceptos, el Régimen Común dispone que las EFA deben contar no sólo con recursos (económicos y humanos), sino, también, con las herramientas necesarias para realizar una adecuada planificación, ejecución y evaluación del ejercicio de las funciones de fiscalización ambiental.

Una fiscalización ambiental adecuadamente implementada significa una inversión de recursos públicos y, por tanto, una priorización en la asignación de los mismos en el ámbito de funciones de cada EFA. Ello a su vez debe complementarse con la debida planificación, ejecución y evaluación de los logros alcanzados por la fiscalización realizada.

En términos de eficiencia, esta actuación de la Administración Pública debe permitir que los resultados deseados sean alcanzados maximizando el uso de los recursos con los que se cuenta en términos ambientales y sociales.

Asimismo, a través del Régimen Común, se busca propiciar que los administrados cumplan con sus obligaciones ambientales, lo cual responde a la demanda ciudadana por lograr que los mandatos de la legislación ambiental se reflejen en la realidad y no sean solo un conjunto de buenos deseos.

---

37 PAREJO, Luciano. *Eficacia y Administración*. Madrid: MAP, 1995, p. 94.

38 OLAVARRIA, Mauricio. “Efectividad en la gestión pública chilena”. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, 17 (52), 2010, p. 15, México DF.

39 *Ibidem*. Sobre el concepto de valor público, el autor señala que de acuerdo con Moore (citado en Olavarria), “el valor público consiste en todos aquellos valores que los individuos y los grupos voluntarios de individuos vinculan al Estado y a la sociedad más allá de su propio bienestar material y que buscan poner en ejecución a través de acciones individuales o colectivas, cívicas o políticas”. En este enfoque, el ciudadano es “un actor central en la identificación de aquello que el Estado debe producir”.

MOORE, Mark. “Creando valor público a través de asociaciones público privadas”. *Reforma y democracia*, número 34, febrero del 2006.

#### **d) Principio de mejora continua**

Principio de Mejora continua.- Las entidades de fiscalización ambiental coadyuvan al proceso de mejora continua de la legislación ambiental proponiendo a las autoridades competentes los cambios normativos que identifiquen como necesarios a consecuencia del ejercicio de la fiscalización ambiental a su cargo.

Este principio tiene como fundamento uno de los ejes de los sistemas de gestión y se centra en la búsqueda permanente de la mejora continua.

La Carta Interamericana de Calidad en la Gestión Pública<sup>40</sup>, recoge el “Principio de evaluación permanente y mejora continua”, que señala lo siguiente:

Una gestión pública de calidad es aquella que contempla la evaluación permanente, interna y externa, orientada a la identificación de oportunidades para la mejora continua de los procesos, servicios y prestaciones públicas centrados en el servicio al ciudadano y para resultados, proporcionando insumos para la adecuada rendición de cuentas.

En este caso, el principio recogido por el Régimen Común busca propiciar el acercamiento entre la realidad que se constata en la fiscalización ambiental y lo que se señala en las normas ambientales. Este constituye un principio sustantivo, en tanto su aplicación busca lograr el objetivo final de la fiscalización: asegurar que las reglas del derecho regulen adecuadamente la realidad y, de esa manera, lograr la solución de los problemas ambientales para asegurar la efectiva protección del ambiente y la salud de las personas.

Entendemos que este principio no solo es de aplicación para la mejora de las normas, sino también de los estudios ambientales, que son objeto de fiscalización ambiental y que presentan en muchas oportunidades información que no se condice con la realidad, lo que amerita la necesidad de realizar ajustes (actualizaciones) en estos instrumentos de gestión ambiental<sup>41</sup>.

---

40 Aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado San Salvador, El Salvador, 26 y 27 de junio del 2008. Adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno San Salvador, El Salvador, del 29 al 31 de octubre del 2008.

41 Este tema se encuentra regulado en el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), que fuera aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM (ver el Artículo 78°).

### 3.4. Las condiciones mínimas para el ejercicio de la fiscalización ambiental

El Régimen Común ha establecido los presupuestos mínimos o condiciones que deben cumplir todas las EFA para el adecuado ejercicio de sus funciones.

Las EFA cumplen un rol tan fundamental que lo que la sociedad espera de estas no es un ejercicio incipiente o deficiente de las funciones de fiscalización ambiental a su cargo, sino un desempeño adecuado y óptimo.

A efectos de contar con un parámetro objetivo para medir dicho desempeño, el Régimen Común establece las siguientes condiciones mínimas de mandatorio cumplimiento, por parte de todas las EFA, para el ejercicio regular de las funciones a su cargo:

- a) *Aprobar o proponer, según corresponda, las disposiciones que regulen la tipificación de infracciones y sanciones ambientales aplicables, adecuadas a la normativa que dicte OEFA sobre el particular, observando el monto máximo de multa establecido en el artículo 136º de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.*

*En ausencia de tales normas, las EFA aplicarán, supletoriamente, la tipificación de infracciones y sanciones generales y transversales, la metodología de cálculo de multas ambientales y otras normas complementarias sobre la materia que apruebe el OEFA. La facultad de tipificación será ejercida de acuerdo a las competencias atribuidas, en el marco de los principios de legalidad y tipicidad<sup>42</sup>.*

Uno de los principales obstáculos para la fiscalización ambiental en sentido estricto, es decir, la que se refiere al ejercicio de la potestad sancionadora, es no contar con la respectiva tipificación de infracciones y sanciones aplicables a la actividad cuya fiscalización se encuentra bajo competencia de la EFA respectiva.

La necesidad de contar con dicho dispositivo legal ha sido un tema de particular importancia en el ejercicio de la fiscalización ambiental. Un caso cercano al OEFA<sup>43</sup> es el que corresponde al sector de industria manufacturera.

42 Artículo 5º de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

43 Actualmente, el OEFA se encuentra en proceso de transferencia de funciones de fiscalización ambiental del sector de industria manufacturera del Ministerio de la Producción, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 009-2011-MINAM. A la fecha, el OEFA ha asumido las funciones de seguimiento, supervisión, fiscalización, control y sanción en las actividades de producción de cerveza, papel, curtiembre y cemento, quedando pendiente la transferencia de las demás actividades industriales.

En efecto, las actividades industriales manufactureras fueron las primeras en contar con un reglamento de protección ambiental<sup>44</sup>, incluso con un reglamento de avanzada, promotor de la prevención de la contaminación. Sin embargo, este no ha llegado a ser objeto de fiscalización y sanción propiamente dicha en tanto que, hasta la fecha, no se ha llegado a aprobar la tipificación de infracciones y sanciones requerida<sup>45</sup>.

En el Régimen Común se establece que, si las EFA no cuentan con la tipificación aplicable a las actividades bajo su competencia, estas se encuentran legalmente facultadas para aplicar la tipificación de infracciones generales y transversales que apruebe el OEFA<sup>46</sup>.

Al respecto, en la exposición de motivos de la “Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionados al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles”, aprobada por el OEFA, se señala lo siguiente:

#### I.2.5 Regla de supletoriedad

En aplicación de lo previsto en el último párrafo del Artículo 17<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup>29325, la tipificación de infracciones y escala de sanciones propuesta resulta aplicable supletoriamente para las demás Entidades de Fiscalización Ambiental de ámbito nacional, regional o local. Ello en atención a que estas constituyen infracciones transversales.

---

44 Aprobado mediante Decreto Supremo N<sup>o</sup> 019-97-ITINCI, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 1 de octubre de 1997.

45 Si bien se aprobó un “Régimen de Sanciones e Incentivos del Reglamento de Protección Ambiental para el Desarrollo de Actividades en la Industria Manufacturera” mediante Decreto Supremo N<sup>o</sup> 025-2011-ITINCI, dicha norma no llegó a incluir la indicada tipificación por lo cual no llegó a ser implementada.

46 A la fecha, el OEFA ha aprobado las siguientes tipificaciones a las que serían aplicables esta regla de supletoriedad:

- Resolución de Consejo Directivo N<sup>o</sup> 042-2013-OEFA/CD, que aprueba la Tipificación de infracciones administrativas y escala de sanciones relacionadas con la eficacia de la fiscalización ambiental aplicables a las actividades económicas que se encuentran bajo el ámbito de competencia del OEFA. (Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de octubre de 2013).
- Resolución de Consejo Directivo N<sup>o</sup> 049-2013-OEFA/CD, que aprueba la Tipificación de infracciones administrativas y escala de sanciones relacionadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas. (Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de diciembre de 2013).
- Resolución de Consejo Directivo N<sup>o</sup> 045-2013-OEFA/CD que aprueba la Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones relacionados al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles. (Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de noviembre del 2013).

Al respecto, se sugiere que la máxima autoridad de la Entidad de Fiscalización Ambiental emita una norma jurídica para dar publicidad a la aplicación supletoria de la tipificación propuesta a efectos de resguardar la seguridad jurídica, esto es, con el fin de que los administrados sujetos a su ámbito de competencia conozcan de forma oportuna qué conductas se encuentran proscritas y cuál es la sanción que se les podría imponer.

Por tanto, para dar operatividad a la aplicación de esta regla de supletoriedad de determinadas tipificaciones que aprueba el OEFA, corresponde que la EFA respectiva emita una norma jurídica que permita cumplir con la publicidad necesaria y que sus administrados conozcan las tipificaciones que les serían aplicables. De este modo, no podrían alegar el desconocimiento de las consecuencias jurídicas que podrían derivarse del incumplimiento de las obligaciones ambientales a su cargo.

*b) Aprobar los instrumentos legales, operativos, técnicos y otros requeridos para el ejercicio de estas funciones*

Otra de las condiciones mínimas para el ejercicio de la fiscalización ambiental está referida al mandato de contar con las herramientas necesarias para ejercer dichas funciones. Estas pueden ser no solo herramientas de naturaleza legal<sup>47</sup> sino también de alcance técnico operativo<sup>48</sup>.

Un aspecto a tomar en consideración es que la aprobación de estos instrumentos no debe ser un obstáculo para el ejercicio de las funciones a cargo de la EFA. Por ejemplo, en el caso de que la entidad no contara con un reglamento especial del procedimiento administrativo sancionador, debe tenerse en cuenta que la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>49</sup> regula de manera suficiente dicho procedimiento con todas las garantías del debido proceso para el administrado. Por tanto, que la EFA no cuente con un reglamento propio del procedimiento administrativo sancionador, no debería ser una justificación para dejar de ejercer la fiscalización ambiental. Con esto, no estamos sosteniendo que la EFA no debe contar con un procedimiento propio, sino que la aprobación de esta norma no es imprescindible para el ejercicio de la potestad sancionadora.

<sup>47</sup> Por ejemplo, reglamentos para el ejercicio de las funciones de fiscalización ambiental a su cargo, registro de infractores o de actos administrativos emitidos, entre otros. Es recomendable contar con normas orgánicas que definan la distribución de competencias al interior de la entidad a efectos de asegurar una intervención eficaz.

<sup>48</sup> Por ejemplo, la metodología de cálculo de multas aplicables, los protocolos de intervención, entre otros.

<sup>49</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de abril del 2011.

La normalización de las funciones a cargo de toda autoridad es necesaria a efectos de asegurar el logro de la mejora continua en el ejercicio de ellas. Sin embargo, la normalización no es un requisito que impida el ejercicio de las funciones atribuidas a la entidad.

Cabe señalar que el OEFA aprueba diversas normas, en muchas de las cuales ha establecido que las EFA pueden aplicar estas regulaciones de manera supletoria<sup>50</sup>.

- c) *Contar con el equipamiento técnico necesario y recurrir a laboratorios acreditados para el adecuado desempeño de las acciones de fiscalización ambiental a su cargo, según corresponda*

Al respecto, debemos señalar que en tanto la función de fiscalización ambiental es de naturaleza eminentemente técnica, resulta necesario que la EFA cuente con los equipos técnicos requeridos.

La fiscalización ambiental requiere sustentarse en medios probatorios idóneos que permitan a la autoridad intervenir con certeza respecto de las infracciones que podrían advertir en el ejercicio de sus funciones. La autoridad de fiscalización parte de presumir que los administrados actúan apegados a sus deberes, mientras no cuenten con evidencia que sustente lo contrario<sup>51</sup>; es decir, se presume que todos los administrados cumplen con sus obligaciones, salvo que se cuente con alguna prueba que demuestre lo contrario. Por ello, es importante contar con pruebas sólidas, tanto en términos legales como técnicos.

En cuanto a la utilización de laboratorios, debemos señalar que la Ley de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación, señala que “la acreditación es una calificación voluntaria a la cual las entidades privadas o públicas pueden acceder para contar con el reconocimiento del Estado res-

---

50 Es el caso de las siguientes normas:

- Reglamento de Supervisión Directa del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2013-OEFA/CD
- Reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD
- Reglas Generales sobre el Ejercicio de la Potestad Sancionadora del OEFA, aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/C

51 Artículo 230°, Numeral 9 de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

pecto de su competencia técnica en la prestación de servicios de evaluación de la conformidad en un alcance determinado”<sup>52</sup>.

Lo que el Régimen Común ha buscado, al señalar que las EFA deben recurrir a laboratorios acreditados, es que los laboratorios que apoyan el ejercicio de la fiscalización ambiental deben contar con el respaldo técnico necesario y, por ende, deben tener reconocida competencia técnica, pues la legislación sectorial es la encargada de regular el mandato para la utilización de laboratorios o métodos de ensayo acreditados.

A cada EFA le corresponde determinar, en función a las competencias que tengan atribuidas, los equipos de medición con los que deben contar, los protocolos que deben seguir y las consecuencias jurídicas que podrían derivarse de los resultados de sus análisis.

- d) *Contar con mecanismos que permitan medir la eficacia y eficiencia del ejercicio de la fiscalización ambiental a su cargo, en el marco de los indicadores establecidos por el OEFA, así como de otros que se formulen con tal finalidad*

Una gestión ambiental moderna requiere que las instituciones públicas utilicen indicadores. Estas herramientas de gestión son entendidas como:

Unidad de medida que permite el seguimiento y evaluación periódica de las variables clave de una organización, mediante su comparación en el tiempo con los correspondientes referentes externos e internos.

Podemos señalar dos funciones básicas de los indicadores. En primer lugar, una función descriptiva, que consiste en la aportación de información sobre el estado real de una actuación o programa, y, a su vez, una función valorativa que consiste en añadir a dicha información un juicio de valor lo más objetivo posible, sobre si el desempeño en dicho programa está siendo o no el adecuado<sup>53</sup>.

El OEFA ha recibido el encargo de establecer los indicadores que permitan lograr una medición estandarizada del nivel de avance del desempeño de las EFA, en el marco de sus competencias y en materia del ejercicio de las funciones de fiscalización ambiental a su cargo.

52 Artículo 14º del Decreto Legislativo N° 1030 - Ley de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación. Publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de junio de 2008.

53 GUINART I SOLÁ, Josep María. “Indicadores de gestión para las entidades públicas”. Ponencia presentada en el Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 2003.



- e) *Cumplir con la elaboración, aprobación, ejecución y reporte de los planes anuales de fiscalización ambiental a que se refiere la presente norma y reportar al OEFA el ejercicio de sus funciones de fiscalización ambiental de acuerdo a las disposiciones que para tal efecto emite el OEFA*

Las EFA deben cumplir con elaborar, aprobar, ejecutar y también reportar el cumplimiento de sus respectivos Planes Anuales de Evaluación y Fiscalización Ambiental (PLANEFA), de acuerdo a las reglas que para tal efecto dicte el OEFA.

En esta línea, el OEFA ha aprobado en enero del 2014 los “Lineamientos para la formulación, aprobación y evaluación del Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental”<sup>54</sup>, a efectos de regular lo relacionado a este instrumento de planificación.

Más allá del reporte del cumplimiento que establezca el PLANEFA de la entidad, el Régimen Común señala que toda EFA debe cumplir con reportar al OEFA el resultado del ejercicio de las funciones de fiscalización ambiental a su cargo. En tal sentido, el OEFA ha dispuesto que las EFA deben presentar un informe anual de actividades de fiscalización ambiental, el cual debe entregarse en un plazo de hasta treinta (30) días posteriores al año calendario transcurrido.

En este informe anual, se deben comprender tanto las acciones contenidas en el PLANEFA como la ejecución de supervisiones especiales o no programadas en casos de denuncias ambientales, emergencias ambientales u otras circunstancias que así lo ameriten; es decir, el informe anual de fiscalización ambiental debe contener las actividades realizadas en materia de fiscalización ambiental programadas o no<sup>55</sup>.

Sin embargo, no debe entenderse que el único medio de reporte de actividades realizadas de las EFA al OEFA es el informe anual, pues el OEFA se encuentra facultado para solicitar la información que requiera respecto del ejercicio de la fiscalización ambiental a cargo de las EFA, en el marco de la función de supervisión a las EFA.

Sobre el particular, en la Ley del SINEFA se señala que el OEFA, en ejercicio de su función supervisora de las EFA, puede establecer procedimientos para la entrega de reportes, informes técnicos y cualquier tipo de información re-

---

54 Resolución de Consejo Directivo N° 004-2014-OEFA/CD.

55 Resolución de Consejo Directivo N° 004-2014-OEFA/CD. Artículo 8°.



lativa al cumplimiento de las funciones de fiscalización ambiental por parte de las EFA<sup>56</sup>. Esta información permitirá al OEFA conocer el estado de la fiscalización ambiental a nivel nacional, de manera tal que no solamente se evalué el desempeño de las EFA sino que, además, se pueda elaborar diagnósticos que permitan mejorar en la práctica la implementación de la legislación ambiental, lo cual resulta de gran utilidad en el proceso de mejora continua que debe seguirse para asegurar su eficaz implementación.

### 3.5. El PLANEFA y la responsabilidad de las EFA

El Régimen Común establece que el PLANEFA es el instrumento de planificación a través del cual cada EFA programa las acciones a su cargo, en materia de fiscalización ambiental (en sentido amplio), a ser efectuadas durante el año<sup>57</sup>.

Los PLANEFA son elaborados, aprobados, y su cumplimiento es reportado por las EFA, de acuerdo a las directivas que el OEFA establezca para tal efecto<sup>58</sup>.

Al respecto, en los lineamientos aprobados por el OEFA para la elaboración de los PLANEFA, se ha establecido que estos deben ser aprobados por cada EFA durante los primeros quince (15) días del mes de diciembre del año previo a su ejecución<sup>59</sup><sup>60</sup>. Asimismo, se señala que los PLANEFA deben ser registrados en el portal institucional del OEFA, diez (10) días después de su aprobación<sup>61</sup>.

56 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Artículo 11.2 b .

57 Este esquema difiere sustantivamente del que se está implementando en Chile a través de la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA). En este caso, la SMA es la autoridad a cargo de la fiscalización ambiental por ley y es por esta razón que la SMA es la encargada de aprobar los programas y subprogramas de fiscalización ambiental cada año. En estos se determinan el número de actividades de fiscalización a realizar, los indicadores aplicables y el presupuesto a asignarse. La SMA se encuentra facultada para establecer convenios de "encomendación" con autoridades sectoriales a efectos de que estas ejecuten dichas acciones con cargo a informar sobre dicho ejercicio ante la SMA.

58 Artículos 3° y 6° de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

59 Artículo 8° de la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2014-OEFA/CD.

60 Esta norma tendrá vigencia a partir del año 2015, de acuerdo a lo señalado en la Única Disposición Complementaria Final de la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2014-OEFA/CD.

61 Artículo 7.1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2014-OEFA/CD. La norma dispone que el registro sea a través de un aplicativo informático. En caso no se puede utilizar dicho aplicativo, la EFA deberá remitirlo en soporte no electrónico informando las causas por las cuales no pudo registrar el PLANEFA en el sistema.

A su vez, se ha dispuesto que los PLANEFA deben elaborarse en el marco de lo que establezca el Plan Nacional de Fiscalización Ambiental (PLANFA), que corresponde ser aprobado por Resolución de Consejo Directivo del OEFA. Este PLANEFA se constituye en el instrumento nacional de planificación bienal en materia de fiscalización ambiental que debe enmarcarse en la Política Nacional del Ambiente, el Plan Nacional de Acción Ambiental, la Agenda Nacional de Acción Ambiental y las prioridades de política ambiental que establezca el Ministerio del Ambiente<sup>62</sup>. Cabe indicar que las obligaciones vinculadas al PLANEFA, a cargo de las EFA, continuarán su implementación sin perjuicio de la aprobación del PLANFA<sup>63</sup>.

De conformidad con el Régimen Común, cada EFA deberá ejecutar las actividades contenidas en su PLANEFA aprobado. En caso de imposibilidad de ejecución de las actividades del PLANEFA, se deberá informar al OEFA, a través del correspondiente informe anual de actividades de fiscalización ambiental, las razones que sustenten dicha circunstancia.

Por otra parte, el ejercicio regular de la fiscalización ambiental a cargo de cada EFA no está limitado a lo que se establezca en sus respectivos PLANEFA<sup>64</sup>. Este último enunciado tiene vital importancia, pues no debe entenderse que la aprobación del PLANEFA es el requisito necesario para ejercer la fiscalización ambiental a cargo de cada EFA. De lo contrario, el instrumento de planificación se convertiría en un potencial obstáculo para el cumplimiento de sus propios fines, lo cual desnaturalizaría sus objetivos.

Cabe resaltar que, en la Agenda Ambiente 2013-2014<sup>65</sup> se ha establecido como parte de las acciones comprendidas en el Objetivo 13, referido al fortalecimiento de la fiscalización ambiental, que el indicador aplicable será el porcentaje de EFA que cuenten con sus PLANEFA aprobados<sup>66</sup>. Asimismo, se señala que el OEFA debe reportar el seguimiento del proceso de elaboración, aprobación y cumplimiento de ellos, así como realizar acciones de

---

62 Artículo 6.2 de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

63 Artículo 10º de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

64 Artículo 6.3 de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

65 Aprobada por Resolución Ministerial N° 026-2013-MINAM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de enero de 2013.

66 Se ha hecho expresa referencia al objetivo de que al menos el 20% de los gobiernos locales provinciales cuente con sus PLANEFA aprobados.

fortalecimiento de capacidades técnicas de las EFA y elaborar los respectivos indicadores de desempeño.

En ese mismo sentido, el OEFA, de acuerdo a lo establecido en el Régimen Común, publicará anualmente el reporte consolidado de ejecución y cumplimiento de las actividades programadas por las EFA en sus respectivos PLANEFA, sin perjuicio de su comunicación al órgano competente del Sistema Nacional de Control, así como la adopción de otras acciones legales a que hubiera lugar<sup>67</sup>.

Sin embargo, ello no limita al OEFA para que, de ser el caso, pueda también actuar como denunciante de las situaciones que configuren infracciones penales, de acuerdo a la particularidad de cada situación.

### **3.6. Herramientas para una intervención armonizada**

En el marco del principio de coherencia, corresponde a las EFA coordinar el ejercicio de sus funciones de fiscalización ambiental a través de una adecuada articulación, sumando esfuerzos, a efectos de evitar superposiciones, duplicidades y vacíos en el ejercicio de dichas funciones. En ese sentido, es recomendable contar con mecanismos que busquen asegurar la actuación coordinada entre diferentes autoridades con competencias relacionadas en materia de fiscalización ambiental.

Uno de esos mecanismos son los protocolos de intervención conjunta. En el caso de la fiscalización ambiental de la minería de menor escala, el Ministerio del Ambiente cumplió con establecer el Protocolo de Intervención Conjunta en las Acciones de Supervisión y Fiscalización Ambiental Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2012-MINAM<sup>68</sup>.

Una experiencia positiva de implementación de un protocolo de intervención conjunta se dio en el marco del Proyecto Camisea, en el que las diferentes autoridades a cargo de funciones de fiscalización ambiental de dicho proyecto acordaron utilizar esta herramienta en el año 2009, aun cuando no llegó a ser formalmente aprobada.

<sup>67</sup> Artículo 6.4 de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

<sup>68</sup> Artículo 8° de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

### 3.7. Rol del OEFA

El Régimen Común reafirma el rol del OEFA, como ente rector del SINEFA, en el marco de lo establecido en el Artículo 44° de la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo<sup>69</sup>, al señalar que esta entidad tiene a su cargo la dirección y supervisión de dicho sistema<sup>70</sup>.

En su calidad de ente rector del SINEFA, y de acuerdo al literal b) del Artículo 11° de la Ley del SINEFA, modificada por la Ley N°30011, le corresponde al OEFA ejercer las siguientes funciones<sup>71</sup>:

- a) La función normativa, en virtud a la cual regula el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del SINEFA y aprueba las normas necesarias para el ejercicio de la función de supervisión de las EFA, que son de obligatorio cumplimiento para dichas entidades en los tres niveles de gobierno. También, comprende la regulación de las funciones de fiscalización ambiental a cargo del propio OEFA.

Esta función tiene como uno de sus límites el ámbito de regulación de las normas sustantivas, que son las que corresponden ser fiscalizadas por las EFA, es decir, no es función natural del fiscalizador establecer la norma que va a ser fiscalizada, sino ejercer la fiscalización de la norma aprobada y verificar su cumplimiento. Asimismo, en caso encuentre dificultades para la implementación de la norma, corresponderá informar sobre esta circunstancia a la autoridad competente para que, en el marco del principio de mejora continua, se realicen los ajustes correspondientes.

Otro límite natural de la función normativa se encuentra en el principio de jerarquía de las normas, pues las normas aprobadas por el OEFA tienen

---

69 Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo  
Artículo 44°.- Entes Rectores

Los Sistemas están a cargo de un Ente Rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional, dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la presente Ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.

Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de diciembre del 2007.

70 Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

71 *Ibíd.*

el rango de Resolución de Consejo Directivo, razón por la cual no pueden modificar normas con rango de ley o decretos supremos. Para estos efectos, el OEFA deberá presentar el proyecto normativo de modificatoria correspondiente.

- b) La función supervisora de las EFA, en función a la cual realiza acciones de seguimiento y verificación del desempeño de las funciones de fiscalización ambiental a cargo de estas<sup>72</sup>.

Al respecto, corresponde que las EFA permitan el acceso del personal designado a sus dependencias y/o instalaciones, brinden las facilidades necesarias, y entreguen la información y documentación que les sea requerida.

Asimismo, las EFA deben dar cumplimiento a las recomendaciones, mandatos o disposiciones que emita el OEFA en el plazo que se establezca para tal efecto.

Por su parte, corresponde al OEFA brindar asesoría técnico legal a las EFA en el ejercicio de sus funciones de fiscalización ambiental, así como emitir opinión sobre los proyectos normativos que, en materia de fiscalización ambiental, propongan las EFA.

#### IV. PERSPECTIVAS FUTURAS

De acuerdo a lo señalado por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), el escenario del futuro para América en materia energética y de cambio climático tendría relación directa con el establecimiento de normas ambientales cada vez más exigentes.

Según los escenarios más optimistas, para 2030 las energías renovables representarían un tercio del incremento de la generación eléctrica proyectada. Los desastres naturales irían en aumento y la población ejercería presión política para instituir normas estrictas de emisión (...)<sup>73</sup>

Es necesario establecer normas, realizar mediciones (de cambio climático) y calcular la inversión en obras de embalse, conducción de aguas y protección costera. Los gobiernos deben proyectar escenarios de seguridad alimentaria

---

72 A la fecha de elaboración del presente artículo, se encuentra en proceso de elaboración el reglamento de supervisión a EFA que establecerá, en detalle, las reglas aplicables al ejercicio de esta función.

73 CEPAL - Serie Gestión Pública N° 78. Las tendencias mundiales y el futuro de América Latina, p. 18

con distintas variables pluviométricas y de temperatura y definir las medidas y planes correspondientes. (...) Los cambios previsibles se traducirán en normas mucho más estrictas con la consiguiente modificación de hábitos, patrones de consumo y procesos productivos<sup>74</sup>.

El establecimiento de regulaciones más estrictas requerirá mayores esfuerzos en la fiscalización de su cumplimiento. Así pues, este panorama trae desafíos mayores también para asegurar un ejercicio debido de las acciones de fiscalización ambiental por parte de las autoridades a cargo de la fiscalización ambiental.

En ese sentido, el OEFA se encuentra comprometido a acompañar a las EFA a efectos de propiciar que estas cuenten con las herramientas necesarias para su mejor desempeño. Corresponde que el OEFA apruebe las directivas, guías, formatos tipo y modelos de reglamentos de fiscalización ambiental que comprendan las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental a cargo de las EFA<sup>75 76</sup>

Un aspecto que adicionalmente puede preverse que ocurrirá en el futuro es el enfoque promocional que se daría al reconocerse a las autoridades con un desempeño adecuado en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras. En efecto, así como se establecerán normas reglamentarias en materia de incentivos para los administrados sujetos a fiscalización ambiental, también las propias autoridades podrán ser reconocidas por el mejor desempeño de funciones que hayan desarrollado, con el consiguiente apoyo ciudadano que ello involucrará.

## V. CONCLUSIÓN

La fiscalización ambiental es una responsabilidad a cargo de autoridades de nivel nacional, regional y local de Gobierno. Todas estas deben actuar en el marco de las reglas que establece el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), cuya rectoría se encuentra a cargo del OEFA.

---

74 *Ibidem*.

75 La aplicación del Régimen Común de Fiscalización Ambiental por parte de la EFA no está sujeta ni condicionada a la aprobación de estas normas e instrumentos. Esta regla se encuentra expresamente establecida en el Reglamento del Régimen Común de Fiscalización Ambiental (Artículo 9º).

76 Artículo 9º de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

Para asegurar un ejercicio adecuado y armonizado de esta importante función, la Ley General del Ambiente del año 2005 dispuso que se aprobara un Régimen Común de Fiscalización Ambiental, el cual fue creado por el Ministerio del Ambiente en agosto del 2013.

El Régimen Común de Fiscalización Ambiental ha cumplido con establecer conceptos, principios, reglas mandatorias para el ejercicio regular y planificado de esta función. Son de particular importancia, las condiciones mínimas para el ejercicio de la fiscalización ambiental cuyo cumplimiento habrá de ser objeto de supervisión, entre otros aspectos, por parte del OEFA a efectos de medir el nivel de desempeño en el ejercicio de la fiscalización ambiental a cargo de la EFA respectiva.

Se espera que su cumplimiento coadyuve a hacer que la fiscalización ambiental sea adecuadamente ejercida en los diversos ámbitos de la vida económica y social del país para, de este modo, lograr que las regulaciones ambientales sean implementadas y que, mediante esa implementación, se avance hacia la real solución de los problemas ambientales, así como hacia la protección de los derechos ambientales de las personas, tanto en el presente como en el futuro.

## BIBLIOGRAFÍA

CEPAL

2014 *Las tendencias mundiales y el futuro de América Latina*. Serie Gestión Pública N° 78. Enero.

DROMI, Roberto

2005 *Derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

GUINART I SOLÁ, Josep María

2003 "Indicadores de gestión para las entidades públicas". Ponencia presentada en el Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Panamá.

INTERNATIONAL NETWORK FOR ENVIRONMENTAL COMPLIANCE AND ENFORCEMENT (Inece)

2009 *Manual de Principios de Acatamiento y Ejecución Ambiental*. Washington D.C.: Inece.

OLAVARRÍA, Mauricio

2010 "Efectividad en la gestión pública chilena". *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*. México DF, número 52, pp. 11-56.

ORELLANA, Luz

2013 “El derecho de acceso a la información pública ambiental”. En *El nuevo enfoque de la fiscalización ambiental*. Lima: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, pp. 63-86.

PAREJO, Luciano

1995 *Eficacia y administración*. Madrid: MAP.

RUBIO, Marcial

2009 *El sistema jurídico introducción al derecho*. Décima edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.



## RESEÑA DE AUTORES

---

### **HUGO GÓMEZ APAC (DIRECTOR)**

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, es presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), segundo magistrado suplente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, profesor del curso de Derecho Administrativo II de la Universidad ESAN y profesor del curso Organización del Estado y Derecho Público Administrativo en la Maestría de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico.

En el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos fue director nacional de Asuntos Jurídicos y vicepresidente de los grupos de trabajo encargados de revisar y proponer mejoras a la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. En el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo fue asesor del Despacho Ministerial. En el Indecopi fue presidente de la Comisión adscrita a la Oficina Regional de Ica, secretario técnico de la Sala de Defensa de la Competencia, asesor de la Gerencia Legal y secretario técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos dictó los cursos de Derecho de la Competencia, Derecho Administrativo y Regulación de Servicios Públicos. En la Pontificia Universidad Católica del Perú dictó los cursos de Metodología de la Investigación Jurídica, Derecho Administrativo I e Instituciones Jurídicas de la Regulación.

### **MARTHA ALDANA DURÁN**

Abogada por la Universidad de Lima. Cuenta con una Maestría en Ecología General y del Perú por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y una Maestría en Derecho Ambiental Internacional y Comparado por el Washington College of Law de la American University (Washington D.C.), donde estudió como becaria Fulbright y con una beca de la Organización de Estados Americanos. Asimismo, cuenta con una Diplomatura en Derecho de la Energía en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y una Diplomatura en Gestión

Pública y Ambiente en la Universidad ESAN. Ha sido consultora y asesora en el Congreso de la República, Ministerio de Salud, Ministerio de Agricultura, Consejo Nacional del Ambiente, Ministerio del Ambiente, entre otras entidades públicas y privadas. Es autora de diversas publicaciones en materia de derecho ambiental.

### **ROY CÁRDENAS VELARDE**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, ha realizado estudios de especialización en derecho ambiental en la American University Washington College of Law y en derechos humanos en la Europäische Akademie Otzenhausen. Se ha desarrollado profesionalmente en el Fondo Nacional del Ambiente, la Adjuntía de Medio Ambiente, Servicios Públicos y Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo. Actualmente, se desarrolla profesionalmente en la Subdirección de Supervisión a Entidades de la Dirección de Supervisión del OEFA.

### **ARTURO DELGADO VIZCARRA**

Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Administración Pública por la Universidad Continental de Ciencias e Ingeniería. Con alta especialidad y experiencia en el diseño e implementación de políticas públicas, en gestión pública, diseño de estrategias para la concreción y ejecución de proyectos con el Estado, igualmente, en derecho administrativo con especial énfasis en materias referidas a promoción de inversión privada, infraestructura, contrataciones del Estado y defensa nacional.

Ha desempeñado diversos cargos en organismos de la Administración Pública nacional y local, así como en empresas del Estado y en el sector privado, cumpliendo labores de dirección, asesoría, planificación y organización. Actualmente, se desempeña como consultor en materias de su especialidad y experiencia. Es profesor de posgrado en Políticas Públicas y Gestión Pública en la Universidad ESAN y en la Universidad Continental de Ciencias e Ingeniería. Es árbitro activo inscrito en varias instituciones de conciliación y arbitraje.

### **PEDRO GAMIO AITA**

Abogado y magíster en Gestión de Políticas Públicas, docente universitario en la PUCP, con especialización y amplia experiencia tanto en el sector público como en el privado. Exviceministro de Energía del Perú, consultor del BID, PNUD, GIZ, WWF y CEPLAN en materia de energía, cambio climático y medio ambiente. Máster en la Universidad Carlos III de España y egresado de la Maestría de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de ESAN. Cursó estudios de especialización en legislación ambiental en la Universidad Politécnica de Madrid. Tiene una especialización en Contratos Internacionales de Energía en el Petroleum Institute of Texas. Es asesor técnico

del concurso anual que premia las mejores prácticas en el Estado, a cargo de Ciudadanos al Día. Es miembro de la Asociación Peruana de Energía Solar y del Ambiente. Fue mandatario nacional de Repsol Exploración Perú, asesor de Chevron, asesor de Graña y Montero Petrolera y laboró en el área de negociación de contratos de Petroperú y en el gabinete de asesores del Minem. Miembro de la asociación de Derecho Administrativo de la Universidad Católica. Ha sido director regional para América Latina de Global Village Energy Partnership International, que tuvo a su cargo el fondo concursable Ideas, en convenio con el BID y la GIZ. Ha sido asesor principal de la Comisión de Energía y Minas y de Economía del Congreso. Ha trabajado la estrategia nacional de mitigación frente al cambio climático y forma parte del grupo técnico de mitigación del Ministerio del Ambiente y Plan CC. Ha promovido la reforma energética en el país, el reglamento ambiental del sector hidrocarburos, la modificación de la Ley de Concesiones Eléctricas, entre otras reformas. Es autor de diversos libros.

### **MILAGROS GRANADOS MANDUJANO**

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios de especialización en Derecho Constitucional y Administrativo, y ha realizado diversas publicaciones jurídicas en dichas materias. Ha prestado servicios en el Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Actualmente se desempeña como Profesional en Derecho en la Presidencia del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

### **CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ**

Magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es profesor titular del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. También profesor de la Universidad ESAN, la Universidad San Ignacio de Loyola y la Academia de la Magistratura. Asesor y consultor en temas de derecho público. Ha sido asesor legal de la Alta Dirección del Ministerio de Justicia y consultor de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, la Presidencia del Consejo de Ministros, y otras entidades públicas y privadas. Ha sido asesor en el Ministerio de Economía y Finanzas y director de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA. Se ha desempeñado recientemente como jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Es socio principal de Guzmán Napurí Abogados. Ha participado como expositor en múltiples conferencias y seminarios relacionados con el derecho constitucional y administrativo. Además, ha editado diversos artículos y libros sobre derecho constitucional y administrativo en el Perú y el extranjero.

### **MARIO HUAPAYA NAVA**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios completos en la Maestría en Derecho de la Empresa con mención en Regulación de Servicios Públicos por la misma casa de estudios y máster en Administración Pública por la Maxwell School of Syracuse University. Es secretario general del Ministerio de Energía y Minas. Fue secretario técnico del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA y jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de dicho organismo. Ha sido profesor adjunto y asistente de cátedra en el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de posgrado en la Universidad de Lima, la Universidad Continental y otras casas de estudio. Cuenta con numerosas publicaciones en medios especializados.

### **CÉSAR IPENZA PERALTA**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, especializado en materia ambiental. Ha realizado estudios en biología de conservación, derechos humanos y ayuda humanitaria internacional, políticas ambientales y derecho ambiental. Tiene una maestría en Espacios Protegidos por la Universidad Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid y de Alcalá. Ha sido asesor del primer ministro del Ambiente y miembro del Consejo Directivo del OEFA. Actualmente, es miembro del Consejo Consultivo de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República y consultor para DAI en el proyecto *Adressing Biodiversity-Social-Conflict in Latin America*.

Ha publicado diversos libros e investigaciones relacionados con la política ambiental nacional, áreas protegidas, megaproyectos, infraestructura, como *Competencias Ambientales Municipales Servicios Educativos Rurales 2013; Los espacios naturales protegidos e hidrocarburos. Una propuesta para los países andino amazónicos; Manual para entender la pequeña minería y minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a minería ilegal*, entre otros.

### **MILAGROS MARAVÍ SUMAR**

Abogada socia del Estudio Rubio Leguía Normand y Asociados, en el que dirige el Área de Derecho Administrativo. Es graduada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Administración Pública en el Instituto Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

Es profesora de Procedimiento Administrativo de la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Escuela de Gerencia Continental y del Diplomado en Estructuración, Regulación y Experiencias de las Asociaciones Público Privadas (APP) en Infraestructura de la Universidad del Pacífico. Ha sido profesora

de la Maestría en Derecho Administrativo Económico y del curso de Derecho Constitucional I: Organización del Estado, en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Es árbitro activo de diversas instituciones arbitrales peruanas (Cámara de Comercio de Lima, Cámara de Comercio Americana, SUNASA). Además, es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

Ha publicado diversas obras y artículos; entre los más recientes se encuentran “Aspectos teóricos y prácticos de las asociaciones público privadas en Perú” y “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General” en el *Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*.

### **RICHARD MARTIN TIRADO**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios completos de Maestría en Derecho Internacional Económico en la misma casa de estudios. Máster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

Ha sido secretario de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, viceministro de Asuntos Administrativos y Económicos del Ministerio de Defensa, secretario general del Ministerio de Justicia, secretario general del Ministerio de Energía y Minas. Ha sido miembro del Consejo Directivo del Indecopi, miembro del Tribunal Administrativo de SERVIR, presidente del Directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima, consultor legal del BID y PNUD en materia de concesiones de infraestructura, miembro del Directorio de la Caja Municipal de Lima, gerente general y miembro del Directorio de PROTRANSPORTES y asesor de entidades públicas en materia de contrataciones y procesos de promoción de la inversión privada. Además, ha sido consultor legal del Proyecto de Modernización del Estado de la Presidencia del Consejo de Ministros y asesor legal de la Contraloría General de la República.

Ha publicado más de 50 artículos en las revistas especializadas y ha sido coautor de diversas obras en materia de derecho administrativo y autor del libro *Manual de contrataciones y adquisiciones del Estado*.

### **JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho por la New York University School of Law. Cuenta con un diplomado en Economía por la misma universidad. Egresado del Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en derecho administrativo económico, gestión pública, promoción de la inversión privada, regulación de servicios públicos y análisis económico del derecho. Profesor universitario en cursos de su especialidad (Universidad del Pacífico, Pontificia

Universidad Católica del Perú, Universidad San Martín de Porres, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad ESAN).

### **DANTE MENDOZA ANTONIOLI**

Abogado, árbitro y profesor universitario, especializado en derecho administrativo económico y propiedad intelectual. Cuenta con una Maestría en Ciencias de la Administración Pública, por la Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer (Escuela Alemana de Posgrado en Administración Pública). Ha sido presidente del Tribunal del Osiptel, miembro del Tribunal del Indecopi y ha formado parte de la alta dirección de diversas instituciones públicas. En la actualidad, es director de la Escuela Nacional de Administración Pública, e investigador del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

### **VERÓNICA ROJAS MONTES**

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster artis en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset de Madrid. Egresada del Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (2009), candidata a doctora. Expositora y ponente en diversos eventos nacionales e internacionales sobre derecho administrativo. Autora de diversos libros colectivos y numerosos artículos jurídicos publicados en Brasil, España, Perú y Uruguay sobre derecho administrativo y derecho ambiental administrativo. Es vocal del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República. Abogada asociada senior del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados del área de Derecho Administrativo. Ha sido vocal del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

Se desempeñó en diversos cargos públicos, como directora general de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud, directora general de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de la Producción, asesora del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros, asesora y jefe de Supervisión de Fondos Partidarios de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, asesora de la Alta Dirección y de la Dirección General de Asesoría Jurídica del Ministerio de la Producción y del ex Ministerio de Pesquería, jefa de la División de Personal de CORPAC S.A., asesora de la Gerencia Central de Desarrollo de Personal del ex Instituto Peruano de Seguridad Social, ahora EsSalud. Consultora del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en temas de modernización y reforma del Estado. Actualmente, es profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es asociada del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, y de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

**ERNESTO SOTO CHÁVEZ**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de especialización en Regulación de Servicios Públicos y estudios de Maestría en Economía de las Telecomunicaciones. Fue reconocido con una mención en el año 2012 por la publicación inglesa *The Legal 500* en el rubro Public Law and Regulation. Becario de la Organización de Estados Americanos, profesor y conferencista. Fue asesor del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, y actualmente, es asesor de la Alta Dirección del Ministerio de Energía y Minas.

**JESSICA VALDIVIA AMAYO**

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en Derecho por la University of Toronto y exmiembro del Consejo Directivo de *Themis - Revista de Derecho*. Actualmente, se desempeña como socia del estudio Arbe Abogados Corporativos Financieros; vocal de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Indecopi; docente del curso de Fideicomiso y Reestructuración Empresarial en la Maestría en Derecho de la Empresa con mención en Gestión Empresarial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y asesora de tesis bajo el proyecto de estudios avanzados de la Maestría en Derecho de la referida casa de estudios.

Tiene vasta experiencia en temas corporativos, financieros, procesos de promoción de la inversión privada y asesoría a entidades del Estado. Ha sido reconocida en el 2014 como abogada líder en el Perú en temas de banca y finanzas por la prestigiosa revista inglesa *Chambers and Partners, The Client's Guide to the World's Best Lawyers*. Se ha desempeñado como asociada senior en los estudios Jorge Avendaño y Forsyth & Arbe Abogados. Ha sido jefe de Gabinete de Asesores del Ministro de Justicia, fue designada como delegada del Estado peruano en el Senior Official's Meeting SOM III 2010 del Asia Pacific Economic Cooperation (APEC) en Sendai, Japón, y ha representado al Ministro de Justicia en la Comisión Multisectorial encargada de la elaboración del proyecto de ley sustitutorio de la actual Ley de Garantías Mobiliarias.









Av. República de Panamá 3542  
San Isidro, Lima 27, Perú  
(01) 713-1553  
webmaster@oefa.gob.pe  
www.oefa.gob.pe

